

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NULLITÉ
DU
CONTRAT DE MARIAGE
POUR INCAPACITÉ DES PARTIES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 21 Juin 1913, à 3 heures

PAR

Jean SINET

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Assesseurs : { MM. PLANIOL, } *professeurs.*
CAPITANT, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NULLITÉ
DU
CONTRAT DE MARIAGE
POUR INCAPACITÉ DES PARTIES

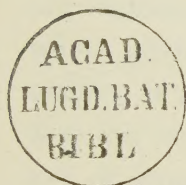
THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Samedi 21 Juin 1913, à 3 heures

PAR

Jean SINET



Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Assesseurs : { MM. PLANIOL, } *professeurs.*
CAPITANT, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le contrat de mariage est la convention par laquelle les futurs époux constatent leurs conventions pécuniaires et règlent leur régime matrimonial. Les rédacteurs du Code civil l'ont soumis en raison de son importance à une réglementation minutieuse. D'abord dans des dispositions générales qui sont comme une introduction à la matière, la loi envisage en lui-même, dans sa forme et dans son contenu, l'acte par lequel les époux règlent le sort de leurs biens avant de s'unir en mariage. Puis la loi passe en revue et développe les principaux régimes que les époux ont le droit d'adopter.

Aucun acte n'a été subordonné à un aussi grand nombre d'exigences de forme. Le contrat de mariage doit être rédigé avant le mariage, reçu par un notaire ; il doit être publié dans les termes de la loi du 10 juillet 1850.

En ce qui concerne son contenu, ce contrat peut présenter deux catégories de dispositions : d'une part, celles qui ont trait au rapport des époux entre eux, d'autre part des libéralités faites soit par les époux l'un à l'autre,

soit par les tiers aux époux. Le Code a édicté quant au fond même du contrat de mariage, un certain nombre de dispositions qui gravitent pour la plupart autour des principes de la liberté et de l'immutabilité.

Si l'on recherche les sanctions des règles légales en matière de contrat de mariage, il faut d'abord mettre de côté celles qui ont pour objet la publicité. Il aurait été naturel de décider que si les époux n'ont pas déclaré à l'officier de l'état civil avoir fait un contrat de mariage, les tiers avec lesquels ils contracteront auraient le droit de les considérer comme mariés sans contrat, c'est-à-dire comme mariés sous le régime de la communauté légale. C'eût été l'application d'un principe de droit commun, mis en œuvre notamment dans les hypothèses où la transcription d'un acte est nécessaire. Mais la loi de 1830 s'est montrée beaucoup plus timide. Si, sur l'interpellation du maire, les conjoints ont déclaré qu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage, leur mensonge ne rend le contrat non avenü à l'égard des tiers que s'il y a eu adoption du régime dotal. La loi de 1830 est une loi protectrice dirigée uniquement contre le régime dotal ; lorsque l'article 1391 du Code civil dispose que « la femme sera réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun », cela signifie simplement que la femme est privée de la protection exceptionnelle que lui assurerait l'inaliénabilité de ses biens dotaux.

La sanction de la publicité du contrat de mariage est donc tout à fait en dehors des principes ordinaires.

Il n'en est pas de même des sanctions des conditions de validité autres que celle de publicité. Toute condition de validité du contrat de mariage est sanctionnée par la nullité conformément au droit commun.

Une observation préliminaire doit d'ailleurs être faite.

Le contrat de mariage peut être nul soit en partie, soit en totalité.

Il peut se faire que certaines clauses soient seulement frappées de nullité. Il en serait ainsi notamment de la stipulation par laquelle la femme s'interdirait de s'obliger même avec l'autorisation de son mari, de manière à pouvoir attaquer les actes accomplis avec cette autorisation (1). Il en serait encore ainsi de la clause par laquelle une femme stipulerait l'inaliénabilité, non seulement de ses biens propres, mais encore de sa part dans les acquêts ; une telle clause porterait atteinte aux droits du mari comme chef de la communauté(2). Dans ces hypothèses, la clause illicite est non avenue, mais laisse subsister le surplus des conventions matrimoniales.

Si l'on néglige ces cas, le contrat de mariage peut être nul en entier, pour quatre sortes de causes ; l'absence des futurs époux ou de l'un d'eux, un vice de forme, un vice du consentement, l'incapacité de l'un des futurs époux. Du moins en est-il ainsi à priori. Mais juridiquement ces quatre causes du nullité doivent-elles être admises ?

(1) Cassation, 22 mai 1879. Dalloz, 1880. 4. 112. — Cass., 13 mai 1885. Dalloz 1886. 4. 204.

(2) Cass., 29 juin 1847. Dalloz, 1847. 4. 295.

En premier lieu, les époux futurs doivent être présents au contrat de mariage ou tout au moins représentés au contrat de mariage par un mandataire muni d'une procuration authentique et spéciale, c'est-à-dire contenant en détail les clauses du contrat à signer. Les futurs époux ne peuvent donner leur consentement que dans une forme solennelle, soit dans l'acte lui-même, soit dans la procuration. L'ancienne coutume usitée dans les provinces de droit écrit, suivant laquelle les parents, principalement le père, se portaient fort pour les enfants absents, est absolument proscrite. Un contrat de mariage signé par un porte-fort serait nul (1).

En second lieu, le contrat de mariage est un acte solennel ; s'il est passé sous signatures privées, il est nul, car l'acte notarié est indispensable à sa formation.

D'ailleurs, le contrat de mariage, comme les autres contrats peut être affecté d'un vice du consentement : erreur, dol, violence. La loi n'a rien prévu sur ce point. Au cas où le consentement de l'un des futurs époux serait vicié, il y a lieu, suivant l'opinion dominante, d'appliquer les principes qui régissent les conventions en général. Notamment, si le majeur a donné son consentement au contrat de mariage, à la suite d'un dol commis à son égard, il peut en demander la nullité conformément à l'article 1116 (2). A notre avis, il est

(1) Notamment Cass., 10 avril 1866. Dalloz, 66. 1. 350.

(2) Civ. Cass., 23 décembre 1856. Dalloz, 1857. 1. 17. — Civ. Cass., 17 fév. 1873. Dalloz, 73. 1. 483. — Pau, 31 juillet 1855. Dalloz, 56. 2.

bien difficile de faire cadrer l'action en nullité pour dol avec la fixité essentielle des contrats de mariage sur lesquels la volonté ultérieure des parties ne doit avoir aucune prise. En outre dans le cas même où il n'y aurait pas eu de contrat de mariage, il faudrait permettre l'annulation pour cause de dol de la convention présumée suivant laquelle les époux seraient mariés sous le régime de la communauté légale. Sous quel autre régime les époux devraient-ils alors être réputés mariés ? Certains ont répondu : sous le régime exclusif de communauté (1). Mais la loi ne reconnaît d'autre régime, pour les époux mariés sans contrat, que le régime de la communauté légale. C'est pourquoi nous pensons avec M. Guilouard (2), que du moment où le contrat de mariage est régulier en la forme et où les parties qui y ont figuré étaient capables, le contrat est inattaquable. Il pourra y avoir dans quelques cas particuliers des inconvénients à cette solution, mais ils sont beaucoup moindres que ceux qui résulteraient d'une atteinte portée au principe essentiel et d'ordre public de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. Une discussion approfondie sur ce point nous entraînerait hors des limites de notre sujet.

Enfin le contrat de mariage peut avoir été passé par

249. — Trib. civ. Seine, 19 fév. 1869. Dalloz, 73. 4. 483. — C : Vidal : *Etudes sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, pp 1 et suivantes.

(1) Vidal, *loc. cit.*, pp. 108-109.

(2) *Contrat de mariage*, t. I, n° 293.

un incapable non régulièrement habilité : un mineur, un interdit, une personne pourvue d'un conseil judiciaire.

C'est à ce groupe spécial d'hypothèses que va être consacré notre travail.

Si la nullité des contrats de mariage pour incapacité peut ainsi être isolée, c'est que la question des caractères de la nullité des contrats de mariage n'a suscité, en fait, de dissidences, qu'à propos des incapables, et particulièrement des mineurs.

La loi est muette sur le caractère de la nullité des contrats de mariage. Il pourrait donc sembler logique, au premier abord, d'appliquer rigoureusement en cette matière la distinction des nullités absolues et des nullités relatives. Si l'on admettait que la nullité du contrat de mariage pour incapacité doit être gouvernée par l'idée unique de la protection individuelle de la personne incapable, on serait amené, en stricte logique, à reconnaître à une nullité de cet ordre, un caractère relatif. Néanmoins, une grave controverse s'est élevée sur ce point. Au contraire, nul, ni en doctrine, ni en jurisprudence, n'a jamais douté du caractère absolu des nullités de contrat de mariage résultant des causes autres que l'incapacité.

Comme on le voit le sujet de notre étude touche à la théorie des nullités plus encore qu'à celle de l'incapacité.

Son intérêt théorique est égal à son intérêt pratique. On sait en effet que la conception traditionnelle des nullités est en pleine transformation à l'heure actuelle. Des travaux récents sont venus la vivifier en la dépouillant

de ce qu'elle avait autrefois de trop strict et de trop rigide.

C'est un chapitre de la théorie des nullités que nous nous proposons, en somme, d'écrire lorsque nous nous demandons quel est le sort du contrat de mariage des incapables.

Ce que nous venons de dire montre que le sujet que nous abordons, si ancien qu'il soit, ne manque cependant pas d'actualité, puisqu'il se trouve renouvelé par des notions juridiques nouvelles dont nous essaierons de faire l'application.

Le plan de notre travail sera le suivant :

Après avoir rappelé dans un chapitre premier les règles de l'incapacité en matière de contrat de mariage, nous pensons qu'il est d'une bonne méthode d'indiquer dans un deuxième chapitre les termes dans lesquels se pose le problème que nous voulons résoudre.

L'analyse de la jurisprudence fera l'objet du chapitre troisième. Dans le chapitre suivant nous la justifierons en même temps que nous la confronterons avec la doctrine. Enfin, nous rechercherons dans le chapitre cinquième quelles sont les conséquences et les limites du principe de la nullité.

CHAPITRE PREMIER

DE L'INCAPACITÉ EN MATIÈRE DE CONTRAT DE MARIAGE

En ce qui touche la capacité des parties dans le contrat de mariage, la jurisprudence s'est d'abord trouvée en présence de la thèse de l'indivisibilité, d'après laquelle il n'y aurait pas lieu de se demander si les époux étaient capables de faire leur contrat de mariage, mais seulement si au moment de la célébration du mariage ils étaient capables de se marier. De deux choses l'une, avait-on dit (1), ou le mariage qui a suivi le contrat est valable, et alors on ne pourra pas demander la nullité pour incapacité de l'un des époux; ou le mariage est nul et le contrat de mariage, l'est aussi. Le contrat a le même caractère et la même destinée que l'union.

Cette manière de voir a été réfutée par la Cour de cassation en excellents termes : « Attendu que le mariage et le contrat de mariage quoique liés intimement l'un à l'autre, n'étant point des actes du même ordre et de la

(1) Troplong, t. I, nos 109 à 124.

même importance ont chacun leurs règles propres et particulières ; que les dispositions faites par contrat de mariage peuvent être arguées de nullité, sans que pour cela le mariage, couvert par la protection spéciale de la loi, soit susceptible d'être attaqué par la même personne et dans les mêmes délais (1). »

La Cour fait application de ce principe à une espèce où des héritiers collatéraux, non recevables à demander la nullité du mariage, attaquaient une donation de biens à venir contenue au contrat, pour cause d'insanité d'esprit. L'arrêt décida qu'on ne saurait se prévaloir des fins de non-recevoir établies par le Code contre l'action des collatéraux pour soutenir que les collatéraux, devenus héritiers de l'époux donateur sont par une conséquence nécessaire non-recevables à attaquer les dispositions faites par lui, dans son contrat de mariage.

Il n'est pas douteux que la conception de l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage doit être repoussée. Le contrat de mariage est une convention pécuniaire, complètement distincte du mariage. Sans doute cette convention sera nulle si elle n'est pas suivie d'un mariage valable, mais elle n'est pas nécessairement valable, parce que le mariage qui la suit est valable. Ainsi, elle peut être nulle pour défaut de forme, pour absence de l'un des futurs époux, pour incapacité.

Cette thèse, manifestement fautive de l'indivisibilité

(1) Cass., 23 déc. 1856. Dalloz, 57. 4. 17.

étant écartée, il faut rechercher quelles sont en elles-mêmes les conditions de capacité exigées des futurs époux pour arrêter leurs conventions matrimoniales.

Ici comme ailleurs la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

En ce qui concerne les majeurs, la capacité en matière de contrat de mariage est soumise aux règles qui gouvernent les conventions en général. C'est ainsi qu'avant la loi du 21 juin 1907, le fils majeur qui contractait mariage avant l'âge de vingt-cinq ans, pouvait passer son contrat de mariage sans le consentement de ses père et mère ou autres ascendants. Il en est de même à plus forte raison, depuis la promulgation de cette loi suivant laquelle l'homme majeur de vingt et un ans peut, comme la jeune fille du même âge, contracter mariage sans aucun consentement.

Faut-il que les époux majeurs aient déjà au moment de la conclusion de leur contrat la capacité de se marier? Il convient d'écarter l'hypothèse dans laquelle l'empêchement au mariage serait perpétuel : alors, en effet, le contrat de mariage, par suite de l'impossibilité du mariage, ne pourrait jamais être appliqué. Mais deux personnes entre lesquelles existe un obstacle temporaire, peuvent faire leur contrat de mariage par anticipation. Par exemple, deux personnes entre lesquelles existe un empêchement de parenté peuvent faire leur contrat de mariage avant d'avoir obtenu la dispense qui leur est nécessaire pour se marier. Le contrat de mariage sera-t-il

valable si à l'époque où il a été passé le mariage était encore impossible ? La loi n'a prévu qu'un cas, l'article 1398 dit : « Le mineur habile à contracter mariage ». Il est donc nécessaire qu'au moment où le contrat est dressé le mineur ait déjà l'âge requis pour le mariage (15 ans révolus pour la femme, 18 ans pour l'homme). S'il était fait plutôt le contrat de mariage serait nul. Mais aucun texte n'a prévu les autres cas d'empêchement temporaire. Pour cette raison même, on doit admettre la validité du contrat de mariage fait par anticipation (1). La jurisprudence a statué en ce sens. La Cour de Paris a décidé par arrêt du 9 février 1860 (2), qu'un contrat de mariage suivi d'un mariage nul, comme ayant été contracté entre un beau-frère et une belle-sœur à une époque où le degré d'affinité constituait un empêchement prohibitif, était devenu valable par suite du nouveau mariage contracté plus tard, par les mêmes parties, en vertu d'une dispense obtenue conformément à la loi du 16 avril 1832.

Aux termes de l'article 1398, le mineur pour faire son contrat de mariage doit remplir les mêmes conditions que pour son mariage. Antérieurement à la loi du 21 juin 1907, on s'était demandé, de quel mineur il s'agissait dans le texte. D'après certains auteurs il fallait entendre par ce mot celui qui n'avait pas encore atteint vingt-cinq ans, mais d'après l'opinion dominante la loi parlait du mineur ordinaire, c'est-à-dire de celui qui n'avait pas en-

(1) Planiol, *Droit civil*, t. III, n° 784.

(2) Dalloz, 1860. 2. 73.

core vingt et un ans. La question ne se discute plus depuis la loi de 1907 qui a fait coïncider la majorité matrimoniale avec la majorité ordinaire. A vingt et un ans révolus les futurs époux, n'ayant plus besoin de consentement pour se marier, peuvent donc faire leur contrat de mariage sans l'assistance de personne; ils sont désormais capables de tous les actes de la vie civile.

Mais les mineurs de 21 ans doivent être assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de leur mariage. « Le mineur habile à contracter mariage, dit l'article 1398, est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible; et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. »

Le mineur figure en personne dans son contrat de mariage; il n'y est pas représenté comme dans les autres contrats par son tuteur. N'est-il pas absolument nécessaire qu'il manifeste son consentement personnel dans un acte aussi grave? Ce n'est d'ailleurs pas le protecteur ordinaire du mineur, tuteur ou curateur, qui l'assiste, mais bien les personnes dont le consentement est requis pour son mariage. La raison en est claire. C'est souvent des clauses du contrat que dépend la réalisation du mariage projeté, or, si le tuteur était chargé de régler les conventions matrimoniales, il pourrait indirectement faire échouer un mariage qui lui déplairait; il est donc bon

que les conditions pécuniaires du mariage soient fixées par les personnes qui ont le droit d'y consentir. Les clauses du contrat ne sont pas seulement destinées à sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'un ou de l'autre époux vis-à-vis de son conjoint, elles impliquent aussi une certaine confiance réciproque ; elles contiennent souvent des donations ; à cet égard, il faut beaucoup moins compter sur le tuteur qui est parfois un étranger, que sur les parents.

Si le mineur a ses père et mère, tous deux l'assistent dans son contrat. Toutefois, en cas de conflit entre le père et la mère, la pratique admet que la présence du père suffit. A défaut des parents, ce sont les ascendants qui doivent être présents, sinon le conseil de famille prend une délibération indiquant les clauses du contrat de mariage admises par lui et déléguant le tuteur ou l'un de ses membres pour le représenter au contrat (1).

Il peut arriver que l'ascendant qui a la tutelle ou l'administration légale soit aussi celui qui autorise le mariage, par exemple le père. **Suivant une opinion**, cet

(1) Le futur époux qui n'a plus ni père ni mère doit être assisté par ses ascendants. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, il doit être assisté par ceux de la ligne qui donnent leur consentement au mariage. La Cour d'Agen a décidé (24 octobre 1888. Dalloz, 1890, 2. 105, avec note de M. Planiol) que lorsqu'un mineur se marie ayant pour tous ascendants son aïeul et son aïeule d'une même ligne (spécialement la ligne maternelle), son contrat de mariage peut être valablement fait avec la seule assistance de l'aïeul. -- En sens contraire, article de M. Gélie-Bonnet dans le *Journal du Notariat*, 1889, pp. 145 à 147.

ascendant ne pourrait pas assister le mineur lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre lui et le mineur (1). Cette manière de voir se fonde sur l'article 420, aux termes duquel les fonctions de subrogé-tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Mais la solution contraire a justement prévalu (2). L'article 420 est, en effet, spécial au tuteur; or ce n'est pas en cette qualité, mais bien comme exerçant un des attributs de la puissance paternelle que le père ou la mère ou tout autre ascendant assiste le mineur dans son contrat de mariage. Dès lors, il ne peut pas plus être remplacé pour cette assistance qu'il ne pourrait l'être pour le consentement au mariage (3).

L'article 1398 exige l'assistance. Mais cette prescription ne doit pas être entendue en ce sens que la présence réelle de celui qui assiste soit indispensable. Le consentement peut être donné d'avance et par écrit. D'autre part, les personnes dont l'assistance est requise peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoirs.

(1) Riom, 11 juillet 1864. Dalloz, 1867. 1. 475. — Laurent, t. XXI, n° 23. — Dissertation de M. Labbée. Sirey, 1869. 1. 193, note 1.

(2) Cass., 23 fév. 1869. Dalloz, 1869. 1. 179. — Guillouard, t. I, nos 309-310. — — Aubry et Rau, t. V, § 502, texte et note 22, p. 242. — Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, n° 149. — Planiol, t. III, n° 787.

(3) L'article 420 ne deviendrait applicable que s'il s'agissait d'autoriser le mineur pour des conventions en réalité étrangères à son contrat de mariage. (Cass., 10 déc. 1867. Dalloz, 67. 1. 475).

Le mineur dûment autorisé peut consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, il est entièrement assimilé à un majeur (1) ; il peut donc faire des donations à son conjoint. C'est là une dérogation très grave au principe qui interdit toute donation au mineur, même avec l'homologation du tribunal. Mais cette dérogation est indispensable. Le mineur a nécessairement un régime matrimonial alors même qu'il ne ferait aucune convention ; c'est la communauté légale qui comporte des aliénations à titre gratuit, fait tomber dans le patrimoine commun les fruits des immeubles, les meubles advenant à l'époux même à titre de donation. Puisque le mineur qui se marie est autorisé à faire des libéralités à son conjoint, puisque sous le régime de la communauté légale, les donations qui lui adviendront appartiendront en partie à son conjoint, il était naturel de permettre les libéralités ouvertes.

Ainsi toute la théorie de la loi se ramène à cette proposition fondamentale, à savoir que le mineur qui est d'âge à contracter mariage peut, sous la seule condition d'être assisté des personnes dont le consentement est exigé pour le mariage, conclure avec son futur conjoint, toutes les conventions que comporte le contrat de mariage. On a formulé cette règle dans un adage célèbre : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*.

(1) Cependant la future épouse, lorsqu'elle est encore mineure, ne peut pas consentir la réduction de son hypothèque légale (art. 2140).

Cette maxime doit-elle être généralisée? Tous les incapables doivent-ils être soumis en matière de contrat de mariage aux mêmes conditions que le mineur?

Pratiquement, cette question ne se pose que pour les individus pourvus d'un conseil judiciaire. En ce qui concerne les interdits, il est douteux que même pendant un intervalle lucide, ils puissent se marier. La Cour de Cassation a admis l'affirmative sur ce point dans un arrêt très ancien (1). Mais la jurisprudence n'a jamais eu à trancher le point de savoir si l'interdit peut faire un contrat de mariage. D'après l'opinion dominante, l'individu dont l'interdiction a été prononcée est incapable de faire un contrat de mariage parce que l'incapacité générale dont il est frappé ne comporte pas d'exception semblable à celle que consacre l'article 1398 à l'égard du mineur (2). Les conventions matrimoniales qu'il aurait conclues seraient donc nulles, alors même que le mariage qui aurait suivi et aurait été contracté dans un intervalle lucide serait valable. Le condamné frappé d'interdiction légale est généralement déclaré capable de contracter mariage. Mais tous actes de disposition et d'administra-

(1) 28 déc. 1831. Dalloz, *Répertoire*, v^o Mariage, n^o 211.

(2) Guillouard, t. I, n^o 322. — Aubry et Rau, t. II, § 502, note 14, p. 240. — Baudry Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. I, n^o 159. — Au contraire, Troplong (t. I, n^{os} 99 et suiv.) a soutenu que par application de la règle « *Habilis ad nuptias...* », si le mariage de l'interdit est valable, les conventions matrimoniales qu'il a adoptées seul et sans l'autorisation de son tuteur doivent être également valables.

tion de son patrimoine lui étant défendus, il est, relativement au contrat de mariage, dans la même situation que l'aliéné frappé d'interdiction judiciaire. Quant à l'individu atteint d'aliénation mentale, mais non interdit, comme il n'est frappé d'aucune présomption d'incapacité, les conventions matrimoniales qu'il aurait passées seraient pleinement valables. Au contraire, le contrat de mariage qu'aurait fait l'aliéné en état de démence, pourrait être attaqué dans les termes du droit commun, si son interdiction venait à être prononcée, son tuteur ou ses héritiers seraient admis à demander l'annulation de son contrat en offrant de prouver que les causes de l'interdiction existaient lors de la conclusion du contrat (article 503). Dans le cas, même où l'interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée, les donations contenues au contrat de mariage pourraient être attaquées, aux termes de l'article 901, comme émanées d'une personne qui n'était pas saine d'esprit.

Mais, nous le répétons, la question du contrat de mariage de l'aliéné est beaucoup plus théorique que pratique. Au contraire, les décisions judiciaires montrent que le mariage des individus pourvus d'un conseil judiciaire est très fréquent. La personne pourvue de ce conseil peut, étant majeure, se marier sans aucun consentement. Or il est possible que ce soit la prodigalité qui ait motivé la dation du conseil et que cette prodigalité cherche à se manifester dans le contrat de mariage lui-même. Les clauses du contrat peuvent permettre aux

individus pourvus d'un conseil d'échapper à leur incapacité. Dès lors, on aperçoit le danger de la généralisation de la règle « *Habilis ad nuptias...* ». De ce péril, la Cour suprême a été longue à discerner la gravité et il a fallu une résistance tenace des Cours d'appel pour la conduire à changer sa primitive manière de voir. Nous ne pouvons nous dispenser de retracer ici cette intéressante et célèbre évolution de la Cour suprême.

Si l'on applique aux prodigues la maxime « *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* », il faut décider que ceux-ci peuvent non seulement adopter le régime matrimonial le plus préjudiciable à leurs intérêts, mais encore faire les donations les plus étendues à leurs conjoints, sans aucune autorisation. Très longtemps, la Cour de Cassation n'a pas reculé devant cette solution. Par arrêts du 24 décembre 1856 et du 5 juin 1889, elle a admis que la capacité des personnes pourvues d'un conseil judiciaire est complète en matière de contrat de mariage (1).

A la vérité, si l'on examine la question au seul point de vue du droit, sans y mêler aucune considération de fait, il est difficile de mettre en doute l'exactitude de la solution précédente de la Cour suprême. La maxime « *Habilis ad nuptias...* » s'est dans notre ancien droit appliquée d'une manière absolue à tous les incapables. Or c'est un principe implicitement posé par la loi du

(1) Cass., 24 déc. 1856. Dalloz, 57. 4. 18. — Cass., 5 juin 1889. Dalloz, 91. 4. 449.

30 ventôse an XII que si les anciennes Coutumes ne peuvent compléter le Code civil dans les matières réglementées par celui-ci, rien ne les empêche de valoir sur les points que ce dernier a passés sous silence. Cela étant, la suite du raisonnement est aisée. Le Code a réglé dans les articles 499 et 513, la capacité générale de l'individu pourvu d'un Conseil judiciaire. Mais la preuve que les règles ordinaires ne s'appliquent pas dans le domaine du contrat de mariage se trouve dans l'article 1398. La loi a estimé que les principes relatifs au contrat de mariage n'étaient pas ceux du droit commun. Par suite le régime du contrat de mariage de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'étant pas établi par le Code, c'est dans l'ancien droit qu'il faut le chercher. En outre, l'application des articles 499 et 513 n'est-elle pas impossible en matière de contrat de mariage ? Dès lors que l'individu pourvu d'un conseil peut se marier librement, il en résulte tout naturellement que s'il ne fait pas de contrat, il sera placé sous le régime de la communauté légale. Or ce régime en faisant à la communauté dévolution de tous les meubles apportés par chacun des époux, implique au profit du conjoint l'aliénation à titre gratuit de la moitié de ces meubles. Par son mariage, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire échappe ainsi largement à son incapacité. Qu'est-ce-à-dire sinon que l'incapacité de droit commun doit être exclue dans la sphère du contrat de mariage ?

Mais les choses changent singulièrement si l'on se place au point de vue pratique. Sur ce terrain les conséquences de la première théorie de la Cour de cassation apparaissent manifestement inadmissibles. Qu'on suppose une personne, qu'on a fait pourvoir d'un Conseil judiciaire dans le but d'arrêter le cours des libéralités qu'elle adressait à certaines personnes ou même à une seule personne déterminée. Or cet individu, en épousant cette dernière personne peut lui faire par contrat de mariage toutes les libéralités qui lui étaient interdites. De telle sorte que la mesure qui a été prise contre lui se trouve complètement déjouée ; bien plus cette mesure même l'amène à contracter une union souvent peu désirable. S'il s'agit d'une femme pourvue d'un conseil judiciaire, le péril est encore beaucoup plus grand. En donnant tout ou partie de sa fortune à son conjoint, elle acquiert toute sa liberté.

C'est pourquoi les Cours d'Appel ont toujours résisté à la première solution de la Cour suprême. D'après les Cours d'Appel, la personne pourvue d'un conseil peut se marier à son gré et sans contrat, ce qui la place sous le régime de la communauté légale, mais elle ne peut faire seule un contrat de mariage qui adopterait un régime moins favorable à ses intérêts que celui de la communauté légale. En d'autres termes, elle peut faire seule un contrat par lequel elle se soumettrait à ce régime ou en restreindrait les effets, par exemple, en limitant la communauté aux acquêts, mais l'assistance

de son conseil lui devient nécessaire pour toutes les clauses entraînant soit une aliénation, soit une obligation plus étendue que celles qui résultent du régime légal, par exemple une donation au conjoint ou un ameublement (1).

La thèse des Cours d'appel finit par prévaloir devant la Cour suprême elle-même. L'occasion de ce revirement fut précisément une espèce dans laquelle il s'agissait d'une femme pourvue d'un conseil judiciaire. La Chambre civile de la Cour de cassation avait cassé un premier arrêt de Cour d'appel ; une seconde cour, celle d'Orléans (2), statua comme la première et l'arrêt rendu fut à son tour attaqué. C'est alors, qu'un arrêt des Chambres réunies, en date du 21 juin 1892, se rallia à la manière de voir des Cours d'appel, décida que la règle antérieure, n'existait plus et qu'il fallait appliquer à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, même en matière de contrat de mariage, les articles 499 et 513 (3).

Cette seconde solution est certainement préférable à la première. Mais il est permis de douter cependant qu'elle réalise la perfection. L'individu pourvu d'un conseil

(1) Bordeaux, 5 fév. 1855. Dalloz, 56. 2. 250. — Agen, 21 juillet 1857. Dalloz, 57. 2. 168. — Orléans, 11 déc. 1890. Dalloz, 91. 2. 362. — Paris, 13 juillet 1896. Dalloz, 96. 2. 302. — Ce dernier arrêt est postérieur à l'arrêt des chambres réunies dont il est parlé au texte. Il y a maintenant accord entre les Cours d'appel et la Cour de cassation.

(2) 11 déc. 1890, précité.

(3) Arrêt des chambres réunies du 21 juin 1892. Dalloz, 92. 1. 369.

judiciaire, s'il ne fait pas de contrat est placé sous le régime de la communauté légale : il peut d'ailleurs passer un contrat par lequel il se soumet à ce régime ou en restreint les effets. Or, la communauté légale peut lui être très préjudiciable.

Il possède ordinairement une fortune assez considérable et son conjoint une fortune beaucoup moins importante. Il y a donc encore intérêt, pour l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, à se marier dans le but d'échapper partiellement à son incapacité. L'ancien droit avait peut-être heureusement résolu le problème lorsque tout en appliquant l'adage « *Habilis ad nuptias.....* », il reconnaissait aux tribunaux la faculté de réduire les libéralités que le prodigue aurait faites à son conjoint par contrat de mariage. Ainsi le respect du principe était concilié avec une sérieuse protection du prodigue.

Qui ne voit enfin que le système actuel de la Cour de cassation présente un autre inconvénient si on cherche à l'appliquer à l'interdit. Admet-on, en effet, que celui-ci par application de l'adage « *Habilis ad nuptias.....* » peut, durant un intervalle lucide, adopter toutes les conventions matrimoniales possibles, admet-on en même temps la théorie jurisprudentielle consacrée aujourd'hui, voici la solution singulière à laquelle on aboutit : L'interdit ne figurera pas au contrat de mariage ; il sera représenté par le tuteur qui ne sera même pas obligé de lui communiquer les décisions prises. Un tel pouvoir ne serait-il pas vraiment exorbitant ?

Quoi qu'il en soit, notre but n'est pas de traiter d'une manière approfondie de la capacité en matière de contrat de mariage. Nous avons seulement voulu rappeler les règles qui gouvernent cette capacité et préciser les cas d'incapacité.

CHAPITRE DEUXIÈME

PROBLÈME DE LA NULLITÉ EN NOTRE MATIÈRE

Un contrat de mariage passé par un incapable, non régulièrement habilité est certainement nul. Mais quel est le caractère de cette nullité ? Tout le problème tient dans cette question. L'importance des discussions qu'il a suscitées montre qu'il est loin d'être aussi simple qu'il pourrait le paraître.

Au premier abord, il semble qu'il n'y ait qu'à interroger les principes qui gouvernent la matière des nullités. Or, ceux-ci nous répondent, la nullité pour incapacité étant fondée sur une idée de protection des intérêts privés est relative. Comment dès lors expliquer que la jurisprudence ait constamment affirmé le caractère absolu de toutes les nullités de contrats de mariage, même si elles proviennent de l'incapacité ? Le problème nous apparaît ainsi, dès maintenant, sous l'apparence d'une contradiction entre une doctrine bien établie et une jurisprudence constante.

Est-il possible de faire cesser cette contradiction et de

réaliser l'harmonie en notre matière? Nous le pensons. Tout notre effort y tendra. Mais notre premier soin doit être de préciser exactement les termes de la question.

Pour indiquer les degrés d'inefficacité d'un acte juridique, on emploie couramment les mots de nullité absolue ou même d'inexistence et de nullité relative ou d'annulabilité. L'acte frappé de nullité absolue est, dit-on, celui qui viole une prescription légale ou qui n'a pas été entouré des formes solennelles auxquelles il est soumis. Un tel acte ne produit aucun effet parce qu'il est passé en violation de la loi. On peut même imaginer un acte qui manquant des éléments essentiels à sa formation serait un pur néant juridique, alors même qu'il ne violerait aucune prescription légale. C'est l'acte inexistant. Enfin, il y a des actes susceptibles d'être simplement annulés par les tribunaux : Ce sont ceux dans lesquels on rencontre une manifestation de volonté imparfaite, spécialement pour ce motif qu'il émane d'un incapable non régulièrement habilité.

Telle est la conception qui a régné jusqu'en ces dernières années. Elle a été longtemps obscure et elle ne s'est dégagée avec son caractère de perfection logique, qu'après une longue évolution historique.

N'ayant pas à élaborer une théorie générale des nullités, qui a d'ailleurs été tentée plusieurs fois à l'époque contemporaine, nous n'en ferons ici qu'une brève esquisse.

La distinction de l'acte nul de plein droit, dépourvu de

tout effet et de l'acte simplement annulable n'était pas étrangère au droit romain. Cependant il importe de remarquer que la notion de l'annulabilité loin d'être primitive n'a fait son apparition qu'à une certaine phase de l'histoire du droit romain (1).

A l'origine, la nullité se manifeste sous la forme unique de l'inexistence : « *Nullum est negotium ; nihil actum est* (2). » L'acte est nul *ab initio*, sans qu'il soit besoin d'en faire prononcer la nullité : il en est ainsi quand l'acte ne réunit pas les conditions nécessaires à sa formation.

Ce n'est que quand le préteur voulut protéger un individu contre les conséquences d'un acte valable, comme ayant satisfait aux conditions exigées par le droit civil, que se fit jour l'idée d'annulabilité. Un mineur de 25 ans, par exemple, a contracté avec un tiers qui a abusé de son inexpérience, le préteur ne peut sans doute annuler cet acte qui vaut d'après le droit civil, mais il prononce au profit du mineur lésé la *restitutio in integrum* qui entraîne la rescision de l'acte incriminé. Dès lors une incer-

(1) Japiot : *Des nullités en matière d'actes juridiques*, 1909. — Drogoul : *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse, Aix, 1902. — Hartemann : *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables*, thèse, Nancy, 1889. — Pize : *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité*, thèse, Lyon, 1897. — Bourgeon : *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, thèse, Dijon, 1885.

(2) *Digeste de factis*, II, 14. — *Digeste de donationibus inter virum et uxorem*, 24. 1.

titude pèse sur la destinée d'un tel acte, dont le sort dépend de celui qui peut s'adresser au prêteur pour en demander l'anéantissement, mais qui peut aussi ne pas exercer cette faculté.

La distinction entre l'acte nul et l'acte annulable a été recueillie par nos anciens auteurs (1) et la veille du Code civil elle a été exprimée très clairement par le président Bouhier (2) : « Nos anciens auteurs, dit-il, distinguent deux sortes de nullités : les unes ont pour principe l'intérêt public, que l'acte, soit contre les bonnes mœurs ou qu'il ait mérité d'être prohibé par quelque autre considération politique. Par exemple si on avait traité de la succession d'un homme vivant ; si on avait testé contre les formalités prescrites par les lois, en un mot s'il était question de choses qui ne tombassent point dans le commerce des hommes ou de contractants qui ne fussent pas en état de consentir. De telles nullités sont appelées absolues en ce sens qu'elles peuvent être opposées par toutes sortes de personnes et qu'elles anéantissent l'acte essentiellement et radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait et non avenu. Les autres nullités sont celles qui ont été introduites en faveur de certaines personnes, comme celles qui ont donné lieu au secours du Velléen pour les femmes, et, à celui du Macédonien

(1) Domat : *Lois civiles*, livre I, titre I, section 5 et 6. — Pothier : *Traité des obligations*, t. II, nos 17 à 21 et 42-43.

(2) *Observations sur les coutumes de Bourgogne*, chap. XIX, § 12 et 13.

pour les père et fils de famille, à celui de la restitution pour les contrats des mineurs et autres semblables. Comme ces nullités ne regardent que l'intérêt des particuliers, elles sont appelées respectives ou selon d'autres causatives, parce qu'elles ne peuvent être opposées que par ceux au profit de qui elles ont été établies. »

La distinction traditionnelle a été présente à l'esprit des rédacteurs du Code civil. Elle a été exposée plusieurs fois dans les travaux préparatoires ; d'abord à propos du mariage et de la rédaction de l'article 146 C. civ. (1), ensuite dans la discussion du titre des obligations conventionnelles. Le rapport de Jaubert s'exprimait ainsi (2) : « une cause illicite, c'est-à-dire celle qui serait contraire à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public, vicierait tellement la convention, qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable ; il n'y a pas de contrat. Si la convention n'avait pas d'objet, il serait bien impossible qu'en aucun temps, elle produisît une obligation ; ce ne serait pas non plus un contrat. »

Certains articles du Code indiquent aussi implicitement la vieille distinction. C'est ainsi que l'article 1117 déclare que la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, mais donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision ; au contraire l'article 1131 déclare que l'obligation sans cause

(1) Locré, t. 4, pp. 312, 324.

(2) Locré, t. 12, p. 491.

ou sur une fausse cause ou sur cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Toutefois si les travaux préparatoires et les textes du Code montrent d'une manière certaine le souvenir de l'ancienne distinction, celle-ci n'a été nulle part formulée en termes formels. Bien plus la terminologie légale est si indécise qu'il arrive que les mots nul et nullité soient indifféremment appliqués aux actes dépourvus d'effet et aux actes annulables. Par exemple, lorsque l'article 502 dit que les actes passés par l'interdit sont « nuls de droit », ces mots signifient simplement que lesdits actes pourront être annulés (1). Ce qu'il y a lieu de noter spécialement, car c'est un point important, au point de vue de notre démonstration ultérieure, c'est que la répartition des nullités en deux catégories n'est décidée ni expressément ni implicitement par aucun texte. M. Demolombe déclarait : « une théorie générale et complète des nullités, je n'hésite pas à dire qu'elle n'existe pas dans le Code Napoléon » (2). M. Beudant a écrit dans le même sens : « Le Code civil a en quelque sorte passé sous silence la théorie des nullités en matière de conventions (3). » Ces observations sont si exactes que les premiers commentateurs du Code n'en ont pas tiré autre chose. L'une des meilleures preuves que le Code ne con-

(1) On peut comparer aussi à cet égard les articles 931, 943, 944, 945, 970 d'une part, et de l'autre les articles 223, 472, 1110, 1111, 1116.

(2) Tome III, n° 237.

(3) Note au Dalloz, 1880. 1. 145.

tient pas de théorie stricte à ce sujet, c'est que toutes les théories de ce genre ont été élaborées beaucoup plus tard. De plus il existe entre ces divers systèmes des divergences plus ou moins graves, et chacun d'eux s'autorise néanmoins des mêmes textes, en vue de se justifier. Si la loi avait édicté en ce domaine une règle claire et impérative, de semblables controverses n'auraient pu se produire en ce qui concerne les questions importantes. Les interprètes avaient donc une grande liberté dont ils ont usé. Les commentateurs du Code civil ont beaucoup travaillé sur cette matière, mais on peut affirmer qu'ils ne l'ont pas éclaircie. Demolombe et Laurent ont créé le terme nouveau d'inexistence ou d'acte inexistant. Cette nouvelle distinction a été imaginée à propos des nullités de mariage (1) et étendue à tous les actes juridiques.

En définitive, la majorité des auteurs distingue aujourd'hui trois degrés dans l'invalidité de l'acte juridique :

(1) Le chapitre IV du titre du mariage énumère les causes de nullité qui, tout le monde le reconnaît, sont limitatives. Cependant, en dehors des cas de nullité prévus par les textes, il y a des causes d'inefficacité du mariage dont on ne peut nier l'existence : absence du consentement de l'un des futurs époux, identité de sexe ou défaut d'intervention d'un officier de l'état civil. Pour expliquer le silence du Code sur ces hypothèses et demeurer d'accord avec le principe qu'il n'y a pas de nullité de mariage sans texte, les interprètes ont imaginé de dire que le mariage est non pas nul, mais inexistant, parce qu'il manque d'un élément essentiel à sa formation. — Cf. Planiol : *Droit civil*, t. I, n° 347. — Surville : *Eléments de droit civil*, t. II, n° 82, note 2.

l'inexistence, la nullité absolue ou de plein droit, la nullité relative ou annulabilité.

L'acte inexistant est celui qui manque d'un des éléments essentiels à sa formation ; il n'a pas été juridiquement accompli ; c'est un pur fait. Il ne peut s'agir de l'annuler, car l'annulation ne peut s'adresser qu'à des actes susceptibles de produire des effets de droit. A un tel acte, on oppose l'acte nul qui est un véritable acte juridique susceptible de produire ses effets s'il n'était pas atteint d'une cause d'inefficacité initiale.

Cette distinction est purement théorique. Elle se soutient sans doute rationnellement. Mais il est bien manifeste qu'au point de vue pratique, aucune différence n'existe entre un acte qui n'a jamais existé juridiquement et un acte frappé dès son origine d'une inefficacité juridique radicale. Abstraction faite de la matière du mariage pour laquelle la notion que nous critiquons a été forgée, l'acte inexistant peut donc très bien être confondu dans la réalité avec l'acte nul (1).

Nous nous trouvons par conséquent en présence de la division des inefficacités en nullités absolues et en nullités relatives.

Les nullités absolues proviennent notamment de ce

(1) Dans une note au Sirey, 1903. I. 257, M. Tissier réagit très nettement contre la théorie de l'inexistence. Il déclare que les conséquences à déduire de l'inexistence sont très rares et se réduisent à deux : impossibilité de reconnaître au mariage inexistant la valeur d'un mariage putatif, impossibilité de donner à l'acte inexistant d'aliénation un effet révocatoire du legs (art. 1038).

qu'un contrat n'a pas été soumis à des formes obligatoires ou de ce qu'il contient des dispositions contraires à l'ordre public. L'acte frappé de nullité absolue ne produit pas d'effet. Toute personne ayant intérêt à invoquer la nullité d'un acte juridique a le droit de la faire constater. L'acte ne peut pas être confirmé par celui de qui il émane. Enfin l'acte nul de plein droit n'engendrant aucun effet juridique, le temps ne saurait lui donner une vigueur qu'il n'a jamais eue. Les intéressés pourront donc toujours, quel que soit le temps écoulé, invoquer la nullité. Il en est ainsi du moins théoriquement, car en fait, il arrivera d'ordinaire qu'on ne pourra plus s'en prévaloir au bout de trente ans, la situation juridique créée par l'acte se trouvant consolidée par l'effet de la prescription.

A la différence des précédentes, les nullités relatives ont pour caractère essentiel d'être des mesures de protection d'intérêts privés. L'une des causes de la nullité relative est précisément l'incapacité de l'auteur de l'acte. Lorsqu'une personne a été victime de son inexpérience, le meilleur moyen de la protéger, ce n'est pas d'anéantir l'acte, mais bien de subordonner son maintien à la volonté même de l'intéressé. Si celui-ci trouve l'acte avantageux il le confirmera; dans le cas contraire il en demandera l'annulation. Les conséquences de la nullité relative découlent très logiquement. Le droit d'intenter l'action n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi accorde cette action dans le but de les défendre. Les actes

frappés d'une nullité relative peuvent être confirmés. De plus la loi a établi en ce qui les concerne la prescription décennale. Celui auquel appartient l'action en nullité est censé avoir renoncé au bénéfice de cette action, c'est à dire avoir confirmé tacitement l'acte attaquable lorsqu'il est demeuré pendant dix ans sans intenter cette action (article 1304 du Code civil).

Si l'on cherche à appliquer ces principes à la matière du contrat de mariage, il n'est pas difficile d'apercevoir les conséquences qu'ils entraînent logiquement. Les nullités tant de fond que de forme du contrat de mariage sont certainement absolues, parce qu'elles sanctionnent des dispositions de la loi qui édictent des formes obligatoires et qui présentent un caractère d'ordre public. Un contrat de mariage fait sous signatures privées ou constatées par un acte authentique irrégulier est frappé de nullité absolue. Il en serait de même d'un contrat de mariage auquel n'aurait pas assisté l'un des époux; ce contrat manquerait d'un élément essentiel, le consentement de l'un des époux dans la forme solennelle exigée par la législation.

Supposons, au contraire, un contrat de mariage qui met en présence des parties dont l'une est incapable, un mineur, par exemple. La nullité a, pour seul but, semble-t-il, la protection de cet incapable. Dès lors ne faut-il pas dire qu'elle est simplement relative? Si l'on admet cette solution, l'incapable pourra seul demander la nullité à l'exclusion de son co-contractant et des tiers,

il pourra mettre fin rétroactivement à la nullité en ratifiant le contrat; enfin s'il se tait pendant dix ans il sera réputé l'avoir confirmé tacitement. Toutefois, remarquons le, le point de départ de la prescription décennale, devrait être, dans cette conception, rejeté à la dissolution du mariage, au lieu d'être placé au jour de la majorité de l'époux mineur. Le motif de cette dérogation au droit commun résulterait clairement de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Si ces conventions ne peuvent être modifiées pendant le mariage, à plus forte raison ne peuvent-elles pas être supprimées par l'annulation.

La jurisprudence a écarté, dans le domaine du contrat de mariage, l'idée de nullité relative. Suivant les arrêts, l'incapacité donne lieu à la même sorte de nullité que les vices de forme ou de fond. Par exemple, la nullité résultant de ce que le mineur n'a pas été régulièrement assisté, lors de la rédaction de son contrat de mariage, est une nullité absolue.

Cette manière de voir ne cadre nullement avec la théorie ordinaire des nullités dont nous avons rappelé les traits essentiels. On ne peut nier que l'incapacité soit un moyen de protection. Pourquoi donc ne pas admettre le caractère relatif de la sanction ici comme ailleurs?

Sans doute la théorie traditionnelle, n'ayant pas été consacrée par le Code dans une disposition formelle, apparaissant même comme confuse dans les textes, ne

s'imposait pas aux tribunaux. Il n'en est pas moins vrai que ceux-ci se mettaient en opposition avec les principes généraux de la matière, tels qu'ils avaient été élaborés par les interprètes.

Ainsi que nous le verrons la jurisprudence invoque à l'appui de sa solution des motifs tirés de la nature même du contrat de mariage. Mais quelque fondée que puisse être son argumentation sur ce point, on ne se trouve pas moins en face d'une antinomie entre la solution adoptée pour les contrats de mariage et la théorie classique des nullités.

Le nœud du problème consiste donc à rechercher si la jurisprudence doit se plier à la théorie traditionnelle des nullités ou si au contraire, cette théorie se révélant comme fautive ou insuffisante par l'application, doit être refondue.

Or il n'est pas douteux qu'un mouvement important de réaction s'est dessiné contre la doctrine classique des nullités. La perfection de cette doctrine a été désormais regardée, et avec raison, comme artificielle dans une large mesure. « Ce mouvement, dit M. Japiot (1), cadre bien avec les tendances de la science juridique moderne. On se rend mieux compte que la loi n'a pas pu tout prévoir ; on reconnaît ce qu'il y a d'artificiel dans certaines constructions ; on se méfie de certains procédés

(1) *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, 1909, p. 137.

scolastiques, de la logique pure, on cherche à faire pénétrer plus de justice, à donner une place plus large au bon sens dans le raisonnement juridique. Le droit devient plus vivant ; sous les institutions, on cherche à voir la lutte des intérêts, les rapports si complexes des hommes, que l'on ne saurait régler d'une façon sage et équitable par le déclanchement d'un système automatique de déductions. Ces larges conceptions d'un droit plus humain, mieux adapté aux besoins de la vie pratique, inspirent le travail de l'interprète, celui du législateur. »

C'est sous cette influence que des tentatives diverses se sont fait jour contre une organisation trop stricte de la nullité. En particulier on s'est détaché de l'ancienne théorie trop individualiste des nullités, pour lui substituer sur certains points des systèmes plus respectueux de l'intérêt général, plus soucieux des besoins du crédit. La meilleure illustration de cette dernière affirmation va nous être fournie précisément par la nullité des contrats de mariage pour cause d'incapacité. Si cette nullité était uniquement soumise à la considération de l'intérêt individuel de la personne protégée, il n'y aurait pas de raison de lui refuser un caractère relatif. Mais nous allons le voir, la jurisprudence, suivie de plus en plus sur ce point par la doctrine, a estimé qu'il y avait lieu de faire entrer aussi l'intérêt général en ligne de compte.

C'est donc la conception traditionnelle des nullités qui

doit plier et s'assouplir devant la solution jurisprudentielle.

C'est ainsi que se présente le problème que nous allons étudier en détail dans les chapitres suivants.

CHAPITRE TROISIÈME

LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence n'a jamais hésité à reconnaître le caractère absolu des nullités du contrat de mariage, quelles qu'elles soient.

S'agit-il d'une nullité résultant du défaut de présence des futurs époux ou de tout autre vice de forme ? Les arrêts la considèrent comme étant d'ordre public, et pouvant par suite être opposée par toute personne intéressée, même par les parties qui ont signé le contrat et leurs héritiers ou ayants-cause. C'est ainsi que les héritiers de l'un des époux sont admissibles à contester le contrat de mariage, quoique signé par leur auteur s'il a été rédigé par un simple clerc en l'absence du notaire, ou s'il n'a été soumis au notaire que postérieurement à la célébration du mariage (1). Les tiers peuvent, s'ils y ont intérêt, demander la nullité du contrat de mariage,

(1) Caen, 9 mai 1844. Dalloz, *Répertoire*, v^o Contrat de mariage, n^o 265. — Dans le même sens et dans des espèces voisines : Nîmes, 8 janvier 1850, D. 50. 2. 188 ; Grenoble, 7 juin 1851. Dalloz, 53. 2. 122.

qui n'a pas été fait dans les formes légales (1). En particulier un créancier du mari peut se prévaloir de la nullité lors même que le contrat aurait stipulé une subrogation, sur les reprises paraphernales de la femme, s'il n'a d'ailleurs reconnu ni expressément, ni implicitement la validité de la constitution dotale (2). De nombreuses décisions ont décidé que la nullité peut être invoquée contre la femme non présente au contrat (3). La ratification est impossible pendant le mariage (4). L'action en nullité ne se prescrit que par trente ans, à dater de la dissolution du mariage (5). Par suite de la nullité, les époux se trouvent mariés sous le régime de la communauté légale (6).

Les mêmes solutions ont été consacrées par les arrêts en ce qui concerne les vices du consentement. On sait que la jurisprudence a admis la nullité des contrats de mariage pour erreur, violence ou dol ; or, elle a déduit

(1) Cass., 29 mai 1854. Dalloz, 54. 1. 207. — Cass., 16 juin 1879. Dalloz, 80. 1. 415.

(2) Cass., 29 mai 1854, précité.

(3) Toulouse, 5 mars 1852. Dalloz, 53. 2. 123. — Toulouse, 20 juillet 1852. Dalloz, 53. 2. 124. — Pau, 1^{er} mars 1853. Dalloz, 53. 2. 124. — Nîmes, 6 août 1851. Dalloz, 53. 2. 123. — Grenoble, 7 juin 1851. Dalloz, 53. 2. 122. — Trib. civ. Castelsarrazin, 10 janv. 1853. Dalloz, 53. 2. 125 en note.

(4) Riom, 23 juin 1853. Dalloz, 55. 2. 321. — Cass., 26 avril 1869. Dalloz, 69. 1. 246. — Cass., 9 janvier 1855. Dalloz, 55. 1. 28.

(5) Cass., 6 avril 1858. Dalloz, 58. 1. 224.

(6) Cass., 9 janv. 1855. Dalloz, 55. 1. 128. — Cass., 29 mai 1854. Dalloz, 54. 1. 207.

aussi dans ce domaine les conséquences de l'idée de nullité absolue (1).

Le même caractère a été attribué par les arrêts aux nullités pour incapacité. Au début il semble que la jurisprudence s'orientait dans le sens opposé ; mais la Cour de cassation fixa très vite le principe de la nullité absolue.

Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 27 novembre 1844, jugea qu'à supposer que l'autorisation donnée au tuteur par le Conseil de famille de consentir au mariage d'une mineure ne soit pas suffisante pour permettre que les époux se marient sous le régime dotal, avec réserve d'aliéner les biens dotaux à charge de emploi, nul autre que la femme n'est recevable à attaquer le contrat de mariage pour cette irrégularité, et notamment que ce droit n'appartient pas à l'acquéreur d'un bien dotal, actionné en résolution de vente, faute d'exécution de la condition de emploi (2).

Cette décision semblait bien se rattacher à l'idée de la nullité relative et tirer toutes les conséquences logiques, de ce fait que la nullité du contrat de mariage pour incapacité, a pour but la protection des intérêts privés de l'incapable. Ainsi, bien que le contrat de mariage d'une femme ayant adopté le régime dotal fût nul ou que le point fût tout au moins douteux dans l'esprit de la Cour,

(1) Voir les arrêts cités dans l'introduction.

(2) Dalloz, *Répertoire*, v^o Contrat de mariage, n^o 471.

l'arrêt n'hésita pas à rendre néanmoins l'acquéreur responsable de l'inexécution de la condition de emploi.

On peut dire que cet arrêt est demeuré isolé. Il n'existe pas à notre connaissance, dans toute la jurisprudence postérieure, une décision inspirée en matière de contrat de mariage, par la notion de la nullité relative.

Le principe de la nullité absolue fut posé par la Chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 5 mars 1855 (1) :

« Attendu, dit-elle, qu'aux termes des articles 1394 et
« 1395, toutes conventions matrimoniales, doivent être
« rédigées avant le mariage, par acte devant le notaire,
« et qu'elles ne peuvent recevoir aucun changement
« après la célébration du mariage; attendu que la solen-
« nité et l'immutabilité du pacte matrimonial, n'inté-
« ressent pas seulement les époux, les deux familles qui
« s'unissent et les enfants à naître, qu'elles intéressent
« aussi les tiers dans leurs relations avec les époux, et avec les
« ayants-droit de ceux-ci; attendu qu'aux termes de l'article
« 1398 les conventions et les donations faites dans le
« contrat par le mineur habile à contracter mariage, ne
« sont valables que s'il a été assisté par les personnes,
« dont le consentement est nécessaire pour la validité du
« mariage; attendu que s'il dépendait de l'époux qui,
« après le mariage, a contracté avec des tiers, de faire
« tomber ou de laisser subsister les conventions matri-

(1) Dalloz, 1855. 4. 401.

« moniales, selon qu'il lui plairait d'en demander ou de
« n'en pas demander la nullité, la condition des tiers
« demeurerait perpétuellement incertaine et qu'à leur
« égard le pacte matrimonial perdrait le caractère d'im-
« mutabilité que la loi a voulu y attacher; attendu qu'il
« n'y a pas lieu en cette matière, à faire l'application de
« la règle, en vertu de laquelle le mineur peut seul atta-
« quer les actes par lui consentis, hors des limites de sa
« capacité et que les tiers doivent être reçus à exciper de
« la nullité du contrat de mariage, à laquelle ils ont in-
« térêt. »

De ces principes, la Cour tire cette conséquence qu'un créancier des époux peut invoquer la nullité résultant, de ce que la femme mineure n'a pas été régulièrement assistée dans le contrat, pour faire tomber à son égard une stipulation de dotalité, et faire valider une saisie-arrêt pratiquée sur une somme dotale, comme si les époux étaient mariés en communauté.

La Cour de Limoges, le 17 avril 1869, admettait de même que la nullité du contrat de mariage pour incapacité était absolue et d'ordre public et pouvait en conséquence être invoquée non seulement par l'époux incapable, mais par toutes personnes ayant intérêt à s'en prévaloir (1).

La même idée fut de nouveau affirmée par la Cour de cassation le 19 juin 1872 : « Attendu qu'aux termes de

(1) Dalloz, 1871. 2. 167.

l'article 1398 du Code civil, le mineur habile à contracter mariage n'est habile à contracter toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et ces conventions ne sont valables, qu'autant qu'il a été assisté dans le contrat des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage ; attendu qu'en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la nullité résultant de la contravention à cet article est absolue et peut être opposée par toute partie intéressée à s'en prévaloir ; attendu que la disposition de cet article qui comprend en termes exprès, toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, s'applique nécessairement aux donations qui, par une faveur spéciale, ne peuvent être faites aux époux que par contrat de mariage et qui constituent une partie indivisible des conventions matrimoniales ; attendu que Catherine Redoulez était mineure, lors de son contrat de mariage, qu'elle n'a pas été assistée de ses père et mère encore vivants et que, par ce motif, ce contrat a été annulé, sur la demande du mari, par jugement du 3 avril 1868 ; attendu dès lors que la donation de biens présents et la donation de biens à venir faite dans ce contrat à Catherine Redoulez par Jacques Barsujol, son oncle, ne pouvant profiter des immunités établies par les articles 1082 et 1087 du Code civil, sont radicalement nulles, pour défaut d'acceptation comme comprenant des biens qui ne pouvaient être donnés que par contrat de mariage (1). »

(1) Dalloz, 1872. 4. 346.

Toutefois la nullité du contrat de mariage n'entraînerait pas la nullité des conventions qui tout en étant contenues dans le contrat ont une existence propre, comme réunissant les conditions requises pour valoir par elles-mêmes : telle serait une donation de biens présents formellement acceptée par le futur conjoint donataire (2).

Le caractère absolu de la nullité des contrats de mariage n'a cessé d'être proclamée par les arrêts (1). Sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Rennes du 4 mai 1878, la Cour suprême eut encore à se prononcer en cette matière. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1879 décida que le Conseil de famille à l'assistance duquel est subordonnée la validité du contrat de mariage du mineur qui n'a plus d'ascendants, ne peut se faire représenter à ce contrat qu'autant que les conventions matrimoniales lui ont été soumises, qu'en conséquence le contrat de mariage auquel a assisté le tuteur délégué à cet effet avec le pouvoir général de faire procéder à la « rédaction d'un contrat établissant d'une manière précise les droits respectifs des futurs époux » est nul et les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ; que la nullité résultant du défaut d'assistance est d'ordre public et peut être invoquée par toute personne

(2) Nîmes, 30 août 1854. Dalloz, 56. 2. 407.

(1) Nîmes, 9 mars 1873. Sirey, 76. 2. 481. — Rennes, 4 mai 1878, Dalloz, 79. 2. 1.

intéressée à s'en prévaloir, et spécialement par les créanciers de l'un ou l'autre époux (1).

La nullité du contrat de mariage pour incapacité est tout à fait assimilée aux autres catégories de nullité. Toutes sont absolues.

Saisie comme cour de renvoi à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1895, la Cour de Nîmes décida ce qui suit dans un arrêt du 13 janvier 1897 : L'absence au contrat de mariage de l'un des futurs époux, enlève à cet acte son existence ; il n'est pas dès lors susceptible de ratification ultérieure, soit par un acte antérieur au mariage, mais passé hors de la présence et sans le consentement simultané du futur époux, soit même après la dissolution du mariage : la prescription décennale de l'article 1304, exclusivement relative aux actions en nullité ou en rescision d'un acte entaché d'un vice ou d'une nullité que seul un consentement exprès ou tacite peut couvrir, ne s'applique pas aux actes inexistants ; la seule prescription opposable en cas d'absence d'acte par défaut d'existence légale est la prescription de 30 ans.

La jurisprudence est donc constante sur le point qui nous occupe. A la vérité, un arrêt de la Cour d'Alger du 17 novembre 1906 qualifie de relative la nullité du contrat de mariage pour incapacité (2). Mais cet arrêt indique que la confirmation et la prescription de dix ans ne

(1) *Dallôz*, 1880. 1. 415.

(2) *Revue algérienne*, 1908. 2. 46 et la note de M. Massonié.

peuvent s'appliquer tant que le mariage n'est pas dissous et pour débouter les héritiers de la partie capable, il s'appuie en outre sur ce fait, que depuis la dissolution du mariage, la prescription de dix ans et la prescription de trente ans se sont accomplies.

Sur quoi se fonde la jurisprudence que nous venons de relater ? Si nous lisons avec soin les arrêts précédents, nous voyons qu'ils s'appuient sur deux catégories d'arguments : les uns d'ordre pratique, les autres d'ordre théorique et juridique.

La raison pour laquelle la jurisprudence écarte ici la nullité relative apparaît comme prépondérante. Si l'on applique les règles de cette nullité, le contrat de mariage présentera une instabilité qui nuira tant aux tiers qu'aux époux. Aussi longtemps que l'incapable n'a pas demandé la nullité du contrat, tout le monde ignore si finalement ce contrat sera annulé ou maintenu. Or, une telle incertitude qui a déjà beaucoup d'inconvénients dans les contrats ordinaires, en offre de beaucoup plus grands quand il s'agit d'un contrat dont dépend tout le régime des biens des époux, la capacité de la femme. Il y a, à ce point de vue, un certain nombre de questions auxquelles il ne sera possible de répondre que le jour où le titulaire de l'action en nullité aura fait connaître le parti définitif qu'il compte prendre. Ce qui complique singulièrement les choses, c'est que même après l'expiration de dix années, terme à la suite duquel l'action en nullité se trouve prescrite d'après le droit commun, l'action de

l'époux ne sera pas éteint. En effet, la prescription ne court pas entre époux (article 2.243) ; c'est seulement après la dissolution du mariage que la prescription décennale aurait son point de départ. Pendant toute la durée du mariage, les actes faits soit par les époux entre eux, soit par l'un d'eux avec des tiers demeurerait donc dans l'incertitude ; bien plus, celle-ci se prolongerait encore dix années après la dissolution. Le conjoint qui s'est marié encore mineur, tiendrait d'une manière indéfinie en quelque sorte, tout le monde à sa merci. Une telle situation serait pratiquement intolérable. La jurisprudence a voulu l'éviter en traitant tous les cas de nullité du contrat de mariage, comme s'ils étaient d'ordre public.

Considérée comme nécessaire en fait, cette solution devait cependant être appuyée sur un fondement juridique. Les tribunaux ne pouvaient pour déroger à la théorie ordinaire des nullités se placer uniquement sur le terrain de la nécessité pratique. Or, voici l'argumentation qui se dégage des arrêts précités. Elle a été résumée par M. Planiol en ces termes (1) : « Le pacte matrimonial, solennel et immuable, ne peut être changé au gré des parties. Il résulte de sa nature particulière que la nullité relative est impossible pour lui. C'est tout l'un ou tout l'autre ; il faut qu'il soit pleinement valable ou absolument nul, et qu'on sache dès le début du mariage, à quoi s'en tenir sur le régime des époux. Si leur con-

(1) *Droit civil*, t. III, n° 838.

trat est valable on l'appliquera d'une manière définitive ; s'il est nul, ils seront mariés sous le régime de la communauté légale. L'incertitude qu'entraîne la nullité relative est incompatible avec ce contrat. » Le point de départ du raisonnement se trouve dans le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (article 1395). La fixité absolue de ces conventions ne comporte pas l'admission de nullités relatives. La partie en faveur de laquelle celles-ci seraient introduites, pourrait à son gré les invoquer ou ne pas les invoquer, consentir ou non une ratification ; le contrat de mariage loin d'être définitif comme le veut la loi, serait donc dans l'incertitude la plus complète.

Qu'on le remarque bien, la jurisprudence ne considère pas l'exclusion des nullités relatives en matière de contrat de mariage comme une conséquence directe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Mais, c'est d'une manière indirecte et, par un argument d'analogie en quelque sorte, tiré de l'esprit de la loi, qu'elle invoque le principe de l'immutabilité à l'appui de la solution, suivant laquelle toutes les nullités de contrats de mariage sont absolues. Le législateur a voulu la fixité du contrat de mariage : il l'a estimée nécessaire aux intérêts généraux ; or, si la nullité était relative, la valeur du contrat de mariage demeurerait très longtemps problématique, au détriment du crédit et de l'ordre général, de telle sorte que la protection d'un individu incapable primerait l'ordre public lui-même. Telle est la pensée de la jurisprudence.

Tous ont intérêt à connaître d'une manière précise les conventions matrimoniales arrêtées une fois pour toutes. Et cet intérêt ne se remarque pas seulement chez les époux eux-mêmes, mais aussi chez les tiers, qui sont appelés à contracter avec les époux. Le contrat de mariage est une charte qui gouverne non seulement les conjoints dans leurs rapports particuliers mais encore les conjoints dans leurs rapports avec les tiers. Ceux-ci ont donc intérêt à demander, le cas échéant, la nullité, et ils y sont autorisés par l'esprit de la loi. C'est ainsi que d'une manière indirecte, mais très visible, la jurisprudence rattache au principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, la règle suivant laquelle les nullités de contrats de mariage, même fondées sur l'incapacité, ont un caractère absolu.

Les conséquences de la conception jurisprudentielle apparaissent d'elles-mêmes. Le contrat de mariage passé par un incapable est nul, d'une nullité absolue, qui peut être invoquée par tout intéressé, proposée pendant trente ans, et qui n'est pas susceptible de ratification. La confirmation ne serait possible, ni par le silence d'un mineur devenu majeur, ni par le consentement ultérieur du conseil de famille, alors même que ce consentement se serait produit lors de la célébration du mariage (1). La ratification est d'ailleurs impossible, non seulement pendant le mariage, mais après sa dissolution.

(1) Cass., 20 juillet 1839. Dalloz, 59. 4. 279.

D'autre part, la nullité étant absolue, il n'y a pas à s'inquiéter du point de savoir si un mineur a été lésé par le contrat de mariage qu'il a passé sans assistance. La question de la restitution du mineur, *tanquam minor aut tanquam læsus*, ne se présente que lorsqu'il s'agit d'une nullité relative, proposable par le seul mineur (1). Or, ce n'est pas ici le cas.

Enfin, la circonstance que le mariage qui était entaché du même vice que le contrat aurait été validé dans les conditions de l'article 183, ne saurait infuser au contrat de mariage nul, une vigueur qu'il n'a jamais eue. Les dispositions de ce texte ne concernent que le mariage, non le contrat qui l'a précédé (2). Les actions en nullité du mariage et du contrat de mariage ne sont pas soumises aux mêmes règles ; notamment elles n'ont pas la même durée. La nullité du mariage est couverte au bout d'un an (article 183) ; quelle que soit d'ailleurs l'opinion adoptée sur le caractère de la nullité du contrat de mariage, il est certain que celle-ci sera loin d'être éteinte après un an. Un vieil arrêt de la Cour de Bourges du 3 mai 1812, a décidé que la nullité d'une donation consentie dans son contrat de mariage par un mineur seul pouvait être invoquée par les parents dont le consentement et l'assistance étaient requis, bien que les parents n'eussent fait aucune récla-

(1) Cass., 13 juillet 1857. Dalloz, 57. 1. 334.

(2) Cass., 13 juillet 1857, précité. — Riom, 23 juin 1853. Dalloz, 55. 2. 321.

mation contre le mariage lui-même, dans le délai prescrit par l'article 183 (1).

Il est certain, en effet, qu'il n'y a pas indivisibilité entre le contrat de mariage et le mariage, en ce sens que le premier peut être annulé, malgré la validité du second. Ainsi le contrat de mariage n'est pas inattaquable pour incapacité de l'une des parties, par cela seul que le mariage ne peut lui-même être attaqué pour ce motif. Il a été décidé par plusieurs arrêts que bien que le mariage de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire soit valable sans l'assistance de ce Conseil, le contrat de mariage passé de la même manière par ce même individu, n'en est pas moins susceptible d'être argué, vis-à-vis de lui de nullité pour incapacité (2). D'autre part, si la nullité du mariage, en raison de son caractère purement relatif, est couverte par un des faits que prévoient les articles 181 et suivants, le contrat de mariage ne se trouve lui-même validé, que s'il ne présente pas de vice qui lui soit propre. La Cour de cassation l'a reconnu très nettement dans plusieurs espèces. Ainsi a-t-elle décidé que le contrat de mariage fait par un mineur, sans l'assistance des personnes dont le consentement lui était nécessaire, peut être annulé, bien que le mariage frappé de la même cause de nullité, ne puisse plus être attaqué par suite de l'expiration du

(1) Dalloz, *Répertoire*, v^o Dispositions entre vifs, n^o 2282.

(2) Bordeaux, 7 fév. 1855. Dalloz, 56. 2. 250. — Pau, 31 juillet 1865. Dalloz, 56. 2. 249.

délai établi par l'article 183 (1). De même, la Cour suprême a reconnu que le contrat de mariage passé, même avec les personnes dont l'assistance est exigée, par un mineur n'ayant pas l'âge requis pour se marier, demeure sujet à annulation bien que le mariage célébré également avant cet âge, soit devenu inattaquable par suite de l'une des circonstances prévues par l'article 185 (2).

Ces solutions se rattachent au caractère absolu de la nullité des contrats de mariage.

(1) Cass., 13 juillet 1857. Dalloz, 57. 1. 334.

(2) Riom, 23 juin 1853. Dalloz, 55. 2. 321 et sur pourvoi Cass., 13 juillet 1857. Dalloz, 57. 1. 334.

CHAPITRE QUATRIÈME

JUSTIFICATION DE LA JURISPRUDENCE

L'exposé que nous venons de faire de la jurisprudence montre que celle-ci, si elle s'est appuyée très fortement sur des considérations d'ordre pratique et social, si elle a invoqué la volonté certaine du législateur, ne s'est guère embarrassé de la théorie traditionnelle des nullités. Elle a apporté la solution qui lui paraissait juste et désirable, et elle a laissé à la doctrine le soin de la mettre d'accord avec les principes admis en matière de nullités.

On dit quelquefois, que la doctrine a entièrement combattu jusqu'à l'époque présente, le système jurisprudentiel et soutenu la thèse inverse de la nullité relative. Les affirmations sont exagérées, à plusieurs points de vue. D'abord le système de la nullité absolue a été admis depuis longtemps par certains auteurs. En outre, nous ne connaissons pas de théoricien qui n'ait fait quelque concession à la jurisprudence.

En réalité, aucun auteur n'a défendu entièrement le système de la nullité relative, avec toutes les consé-

quences logiques qu'il comporte, en matière de contrat de mariage d'incapables. Mais la doctrine ne s'est pas toujours complètement ralliée au système de la jurisprudence ; obsédée souvent par la distinction traditionnelle des nullités, elle a hésité à considérer comme absolue à tous les points de vue, une nullité édictée en vue de la protection d'un incapable.

La plupart des auteurs (1), en effet, tout en reconnaissant aux tiers le droit de se prévaloir de l'incapacité de l'un des conjoints, n'admettent pas que cette incapacité puisse être opposée par le conjoint majeur. Ils argumentent de la règle de l'article 1125 aux termes duquel les personnes capables de s'engager, ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, et ils ajoutent qu'il n'y a pas de raison suffisante pour écarter l'application de ce texte, lorsqu'il s'agit de régler entre les époux eux-mêmes, les effets du contrat de mariage, passé par un incapable. Si cette opinion, reconnaît que pendant le mariage, la nullité ne peut être ratifiée par l'époux incapable, et même que les tiers intéressés peuvent s'en prévaloir, elle ne voit pas dans cette solution, une exception à l'article 1125, mais bien l'application du principe que la nullité d'un contrat qui peut être opposé aux tiers, intéresse les tiers.

Cette manière de voir est vraiment peu harmonieuse et

(1) Marcadé, t. V, sur l'article 1398, n° 2. — Rodière et Pont, t. I, n° 46. — Larombière, sur l'art. 1125, n° 6. — Aubry et Rau, t. V, § 502, note 30, p. 245. — Demante et Colmet de Santerre, t. VI, n° 15 *bis*, V et suivants. — Laurent, t. XXI, n° 35.

logique. Dès l'instant que l'on admet les tiers et même les créanciers de l'incapable à invoquer la nullité résultant du défaut d'assistance du mineur, il est difficile de ne pas accorder le même droit à l'époux capable. Comme l'a très bien dit M. Guillouard (1) : « Il n'y a que deux classes de nullités ; les unes absolues, les autres relatives et on reconnaît ces dernières à ce double caractère qu'elles ne peuvent être invoquées que par la partie en faveur de laquelle elles sont introduites et qu'elles ne peuvent être ratifiées. Nous ne pouvons admettre cette classe spéciale de nullités, qu'on voudrait introduire à propos du contrat de mariage, que les tiers pourraient invoquer, qui pourraient être ratifiées après le mariage, mais qui ne pourraient l'être pendant le mariage et qui cependant seraient des nullités relatives ».

D'ailleurs, il faut bien voir la portée de l'article 1125. Ce texte n'est écrit que pour les contrats ordinaires, lesquels ne produisent effet qu'entre les parties contractantes, mais le contrat de mariage a des conséquences beaucoup plus étendues : il est la loi des tiers qui traiteront avec les époux pendant la durée du mariage. Dès lors, les tiers qu'il intéresse peuvent en invoquer la nullité. Sans doute l'opinion que nous combattons admet ce droit des tiers, mais ce droit découle précisément du caractère absolu de la nullité du contrat de mariage ; si la nullité était relative, il n'y aurait que le mineur ou

(1) Tome I, n° 317.

ceux qui peuvent exercer ses actions qui pourraient s'en prévaloir. L'opinion dont il s'agit, crée donc un système bâtard et impossible à justifier en logique et en droit.

Au surplus, le caractère absolu de toute nullité de contrat de mariage ne résulte-t-il pas du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ?

Précisons bien ce point qui est capital, nous l'avons vu, dans la conception de la jurisprudence.

L'exclusion des nullités relatives en notre matière ne résulte pas directement de l'article 1395, qui proclame la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. En effet, l'annulation n'est pas une modification ou une révocation du contrat de mariage, qui serait apportée après coup par la volonté d'une partie. La nullité absolue découle d'une manière indirecte de l'article 1395. La fixité des conventions matrimoniales, voulue et affirmée par le législateur, ne peut en aucune façon se concilier avec la nullité relative, qui laisserait planer sur le contrat de mariage, une incertitude en quelque sorte perpétuelle. Tel est le point de vue auquel s'est placée, nous l'avons montré, la jurisprudence. Ne trouvant formellement dans aucun texte, un appui à la théorie de la nullité absolue, elle a du moins cherché ce fondement dans la volonté nettement exprimée des rédacteurs du Code et dans un principe général certain. Elle a vu une incompatibilité entre la nullité relative du contrat de mariage, d'une part, le principe de l'article 1395, d'autre part. En conséquence, elle a rejeté l'idée de la nullité relative. Nous

ne croyons pas que l'on puisse, dans ces conditions, accuser les arrêts de manquer de base juridique et de s'être placés en dehors des règles habituelles de l'interprétation.

Frappés de ces considérations, un certain nombre d'auteurs n'ont pas hésité à accepter dans son entier le système de la jurisprudence, et à déduire de la notion de nullité absolue, dans le domaine du contrat de mariage, tous les corollaires qu'elle entraîne.

Déjà, M. Vallette (1) touchait la question en se plaçant nettement au point de vue de la jurisprudence : « Un contrat de mariage, disait-il, est valable ou nul *ab initio*, et ne peut quant à son existence juridique, après le mariage (que nous supposons valable), dépendre de la volonté des parties contractantes ou de l'une d'elles... Ce système est inconciliable avec la fixité essentielle des contrats de mariage, sur lesquels la volonté ultérieure des parties ne doit avoir aucune prise.

« S'il en était ainsi, continue l'auteur, on ne pourrait jamais savoir, au moins pendant la durée du mariage, le régime matrimonial des conjoints, puisque les conventions portées au contrat pourraient toujours plus tard être annulées. »

« Le contrat de mariage, dit encore M. Guillouard (2) est un acte solennel, irrévocable, qui intéresse non seulement les futurs époux, mais aussi les enfants à naître

(1) Consultation en faveur de M. Otto Stern. *Mélanges de droit et de jurisprudence*, t. II, pp. 438-439.

(2) Tome I, n° 316.

de leur union et les tiers qui traiteront avec eux, pendant le cours du mariage ; il faut que l'on sache, au moment où il est fait, si cet acte important est valable ou nul ; il faut que celui des futurs époux, en faveur duquel la nullité existerait, ne soit pas libre d'agir ou de ne pas agir à son gré. Du moment, où le contrat n'accomplit pas les conditions internes ou externes prescrites par la loi, il est nul d'une nullité absolue. »

M. Guillouard tire de ces prémisses, toutes les conséquences réclamées par la conception de nullité absolue. Le droit de demander la nullité appartient non seulement aux tiers, mais à l'époux capable, d'une manière générale par toute personne intéressée. Elle peut être intéressée. Elle peut être invoquée pendant trente ans et n'est pas susceptible de ratification d'aucune sorte. La nullité du contrat de mariage entraîne la nullité de toutes les conventions qui y sont contenues, à moins que celles-ci ne se soutiennent d'une existence propre et indépendante. Le contrat de mariage de l'incapable étant annulé, les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale.

Les auteurs les plus récents tendent manifestement à se rapprocher de la théorie de la jurisprudence, et à l'accepter dans son intégrité. La question est envisagée sur toutes ses faces et résolue quoique avec une certaine hésitation dans le sens de la nullité absolue, dans l'un des ouvrages contemporains les plus importants qui aient été consacrés au contrat de mariage.

« En observant, disent MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (1), qu'il n'y a dans aucun texte une dérogation au principe posé par l'article 1125, duquel il résulte que la nullité des contrats faits par un incapable, quand il s'agit d'une incapacité de protection, est une nullité relative, il y a des interprètes qui appliquent cette règle au contrat de mariage. Mais la jurisprudence répudie cette manière de voir. Pour elle les nullités fondées sur l'incapacité doivent être assimilées à des nullités absolues.

La raison principale donnée à l'appui de cette solution c'est qu'il ne s'agit point dans notre hypothèse, d'un contrat d'intérêt purement privé, mais bien d'un contrat établissant une situation destinée à régler les rapports des conjoints avec les tiers, avec le public. On en conclut que ce contrat ne peut pas être à la discrétion de l'incapable ; il faut une situation définitive, voilà l'idée de la loi. Les articles 1395 et 1451 en sont la preuve.

Les partisans de la nullité relative, répondent qu'une semblable raison aurait pu toucher le législateur, mais que l'interprète ne peut s'en emparer, pour faire échec à une règle générale comme celle de l'article 1125. Ils ajoutent que ce que l'on dit du contrat de mariage pourrait être répété pour presque tous les contrats. Est-ce qu'il n'est pas important pour les tiers, qu'un contrat de

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville. *Contrat de mariage*, t. I, n° 208.

vente, par exemple, soit nettement fixé? En outre, dit-on, le mariage lui-même est bien soumis à une nullité relative quand l'incapable n'a pas été assisté des personnes qui devaient l'autoriser, est-ce que le contrat de mariage ne se trouve pas, lui aussi, implicitement soumis à la même nullité? Le législateur n'a donc pas été touché autant qu'on le suppose, par cette idée qu'en notre matière les tiers doivent être protégés par une nullité spéciale, en mettant à l'écart l'application du droit commun de l'article 1125.

Certes ! cette argumentation est des plus fortes. Mais il faut reconnaître que l'on est singulièrement embarrassé pour suivre dans ses conséquences logiques, la théorie de la nullité relative.

Cette thèse étant acceptée, comment l'incapable pourra-t-il invoquer la nullité? Les actes passés par un mineur peuvent être tantôt nuls pour vice de forme, tantôt rescindables pour cause de lésion. Dès lors, le mineur doit-il prouver qu'il a été lésé ou non pour attaquer le contrat? Tout revient à se demander si le consentement que doit obtenir le mineur est une règle de forme du contrat de mariage? Cette question est des plus délicates. Elle ne se présente pas pour ceux qui sont partisans de la nullité absolue.

De plus, étant admis qu'il s'agit d'une nullité relative, peut-on décider que le mineur pourra ratifier pendant la durée de mariage? Assurément non. Le motif de cela, ce n'est pas seulement le principe de l'immutabilité des con-

ventions matrimoniales, c'est en outre la règle générale d'après laquelle, pour ratifier un acte, il faut se trouver dans des conditions telles qu'il serait possible de le passer. Or le contrat de mariage ne peut être fait, ni modifié pendant le mariage, soit même après sa dissolution : la ratification n'en est donc pas possible. Voilà, assurément une bien grave atteinte aux règles ordinaires de la nullité relative.

En somme, il est facile de comprendre que l'on souscrive volontiers à l'opinion de la jurisprudence. D'abord, pendant le mariage, les nullités dont nous parlons ne peuvent pas être couvertes par la prescription, puisqu'aucune prescription ne court entre époux (articles 1304, 2253). Nous venons de constater d'autre part que toute ratification est impossible, même après la dissolution du mariage. Enfin, l'intérêt des tiers exige la stabilité du régime matrimonial, et doit leur conférer le droit d'invoquer toute espèce de nullité du contrat de mariage. »

Comme on le voit, les savants auteurs, tout en donnant à leur formule un tour prudent, n'acceptent pas moins volontiers le système jurisprudentiel.

A ce système adhère encore sans réserve M. Planiol (1). D'après lui, la solution des arrêts était nécessaire en fait. En droit le pacte matrimonial, solennel et immuable, ne peut être changé au gré des parties. « Il résulte de sa

(1) *Droit civil*, t. III, n° 838.

nature particulière, dit-il, que la nullité relative est impossible pour lui. C'est tout l'un ou tout l'autre : il faut qu'il soit pleinement valable ou absolument nul et qu'on sache dès le début du mariage à quoi s'en tenir sur le régime des époux. Si leur contrat est valable, on l'appliquera d'une manière définitive ; s'il est nul, ils seront mariés sous la régime de la communauté légale. L'incertitude qu'entraîne la nullité relative est incompatible avec ce contrat. »

On peut donc dire, que la concordance règne aujourd'hui, entre la doctrine et la jurisprudence sur la question de fait qui fait l'objet de notre étude. La solution des arrêts est généralement regardée comme opportune en fait et justifiée en droit.

En fait, la nullité relative, conduirait à une instabilité évidente du contrat de mariage qui serait préjudiciable, tant aux tiers qu'aux époux.

En droit, cette nullité relative jurerait, pour ainsi dire avec le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. Le législateur a voulu que celles-ci soient fixées, arrêtées une fois pour toutes. Or, ne ferait-on pas, d'une manière indirecte, mais certaine, échec à cette règle si l'on laissait planer sur le contrat de mariage cette longue incertitude qui résulterait de la nullité relative ? Il n'y aurait sans doute pas contravention à un texte formel, mais il y aurait méconnaissance de la volonté non douteuse du législateur, qui a été exprimée dans l'article 1395.

Il ne reste, en définitive, qu'une seule difficulté. C'est de mettre en harmonie avec la théorie générale des nullités, la solution que nous avons acceptée. Quelque valeur qu'aient les considérations de pratique et de droit précédemment développées, il n'en est pas moins vrai, que la nullité pour cause d'incapacité a principalement pour objet la protection de l'incapable. Or une telle nullité n'est-elle pas relative, d'après la théorie traditionnelle?

Cette observation ne saurait infirmer aucun des arguments que nous venons d'invoquer, avec la jurisprudence et la doctrine, en faveur de la nullité absolue du contrat de mariage des incapables. Tout ce qu'elle montre c'est que la théorie des nullités est très imparfaite. Il ne faut pas plier les solutions juridiques à des définitions à priori, mais élaborer ces définitions à la lumière des solutions reconnues comme justes et nécessaires.

En d'autres termes, la théorie des nullités, telle qu'elle est couramment exposée, a besoin d'être remaniée. Notre travail aboutit lui-même à le montrer. Or, une tentative fort intéressante d'une théorie nouvelle des nullités a été faite récemment par M. Japiot (1). Nous n'avons ni à en faire la critique, ni même à l'exposer dans son ensemble; ce serait dépasser le cadre que nous nous sommes tracé. Nous voudrions seulement en indiquer les lignes essen-

(1) *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, 1909.

tielles afin d'en faire apparaître l'application à la matière spéciale qui nous occupe. Ainsi, nous pourrons, croyons-nous, lever la dernière difficulté qui s'offre à nous à ce sujet.

Si l'on cherche actuellement une théorie précise des nullités, on ne trouve guère que le système fondé sur la répartition des nullités en deux catégories ; les questions que ce système se propose de résoudre sont au nombre de quatre : dans quel cas, est-il nécessaire d'intenter une action en nullité ; quelles personnes peuvent invoquer la nullité ; dans quel cas, peut-il y avoir confirmation ; dans quel cas peut-il y avoir prescription ? Toutes ces questions sont résolues en bloc à l'aide de la distinction fondamentale des deux catégories de nullités. La première est celle des inexistences ou des nullités absolues. Pour elles, la conception du néant juridique entraîne les conséquences suivantes : il n'y a pas d'action en nullité ; le droit d'invoquer l'inexistence appartient à toutes personnes ; on ne peut admettre ni confirmation, ni prescription. La seconde catégorie est celle des nullités relatives : l'acte possède une existence précaire, son sort dépend de la partie dans l'intérêt de laquelle la nullité est établie ; par suite, une action doit être exercée, la nullité ne peut être invoquée que par la partie au profit de laquelle la loi l'édicte, la confirmation et la prescription sont possibles.

A ce système classique, M. Japiot oppose une théorie qui écarte toute classification à priori des nullités, en caté-

gories rigides et qui se refuse à résoudre en bloc toutes les questions. S'inspirant de l'idée de but, d'une observation très large des faits, elle examine séparément chacune des grandes questions auxquelles la théorie classique a donné une simplicité purement artificielle. Et pour chacun de ces problèmes, elle détermine le procédé de solution qui semble s'adapter, d'une manière plus rigoureuse, à leurs éléments propres.

L'idée fondamentale du système de M. Japiot est la suivante : « La nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle tend à assurer l'exécution, et au milieu où pratiquement elle intervient (1). » La nullité consiste dans l'attribution aux individus d'un droit de critique, dirigé contre les conséquences de l'acte. Ces éléments sont de nature à former la base d'une théorie plus nuancée et plus souple que la doctrine classique. La portée pratique de la théorie nouvelle est digne d'attention.

La nullité a pour but d'assurer l'observation de la règle qu'elle sanctionne. Son organisation doit être conforme au but de cette règle. Pratiquement la nullité se traduit par l'existence d'un droit spécial attribué aux individus afin de leur permettre de s'opposer à la réalisation ou au maintien d'un état de choses conforme à l'acte nul. Il s'agit donc d'organiser un droit de critique dirigé contre les conséquences de l'acte nul.

(1) *Op. cit.*, p. 43.

Il résulte de là qu'il n'y a pas d'un côté des actes annulables en état de validité provisoire, et d'un autre côté, des actes juridiquement inexistants dès l'origine. Les nullités sont toujours identiques dans leur nature. Il n'y a lieu d'établir de distinction de principe entre les nullités ni au point de vue de leur mode d'exercice, ni au point de vue de leur étendue.

En ce qui concerne spécialement l'étendue des nullités, le droit de critique est toujours ouvert dans la mesure où le but de la règle qui n'a pas été observée, exige qu'il puisse être mis en œuvre. Si la règle a pour but de protéger certaines personnes dans leur intérêt privé, le droit de critique est ouvert tout d'abord à toutes les personnes protégées ; il peut être exercé aussi par ceux que la loi charge de veiller aux intérêts que la règle violée avait en vue de sauvegarder ; si le droit de critique n'est pas purement personnel en vertu de la nature des intérêts en présence, il peut être exercé sous certaines conditions par les créanciers et les ayants cause particuliers du titulaire principal ; il peut même appartenir en propre à toutes personnes, si la nullité frappe un acte soumis d'autre part à une réglementation particulière dans l'intérêt des tiers, lorsque l'organisation individualiste des nullités relatives et l'incertitude qui en résulte sont incompatibles avec les principes de cette réglementation. Tel est précisément le cas pour les conventions matrimoniales.

C'est à ce point que nous voulions en arriver, c'est

sur lui qu'il nous faut insister. Voici comment M. Japiot s'exprime à ce sujet : (1) « Lorsque, dit-il, la nullité est admise en vue de sauvegarder les intérêts d'une seule personne, son fondement est essentiellement individualiste. Partant de là, on sera logiquement conduit à résoudre toutes les questions qui se posent au sujet de son organisation, de la manière la plus favorable aux intérêts de la personne protégée ; toutes les règles tendront à avantager celle-ci ; à faire prévaloir son point de vue subjectif ; on aboutira ainsi à l'organisation de la nullité individualiste par excellence. Et cela n'est possible qu'au prix du sacrifice des intérêts des tiers, dont on n'aura pas voulu tenir compte. Or, il y a lieu de se demander s'il n'est pas excessif d'appliquer cette méthode dans tous les cas sans exception, s'il est bien juste de méconnaître toujours les intérêts même les plus légitimes des tiers. Faut-il toujours tout sacrifier à la rigueur des raisonnements abstraits et des déductions purement logiques ? N'y a-t-il pas lieu au contraire, en certains cas, de revenir à la forme la plus ancienne de la nullité, à la nullité romaine primitive, absolue, objective, un peu simpliste et brutale à l'apparence, mais incomparablement supérieure au point de vue du crédit, à cause précisément de son caractère formaliste, à cette nullité absolue que la théorie classique devrait consentir d'autant plus facilement à admettre qu'elle la regarde comme étant la règle. »

(1) *Op. cit.*, pp. 567-568.

M. Japiot remarque qu'il existe en effet des hypothèses où la méconnaissance absolue des intérêts des tiers serait un abus tellement manifeste, que les déductions logiques de l'idée de protection personnelle semblent se heurter à une véritable impossibilité juridique. Cette impossibilité s'impose au législateur qui doit ouvrir le droit de critique à ceux-là mêmes que la nullité n'a pas pour but, dans son principe, de protéger ; elle s'impose à l'interprète lui-même qui ne trouve pas dans les textes une théorie rigide et universelle des nullités, qui doit apporter des atténuations aux conséquences logiques du but premier de la nullité sous peine de contredire les principes généraux qui inspirent les théories particulières de certains actes où le législateur a particulièrement marqué sa volonté de sauvegarder les intérêts des tiers. « Il y a ainsi, dit M. Japiot (1), un équilibre des conciliations nécessaires à établir entre l'intérêt d'une personne et l'intérêt des tiers : l'intérêt des tiers ne devra donc pas être négligé lorsque par sa nature même, l'acte l'engage principalement, lorsque l'acte s'adresse aux tiers en quelque sorte, lorsqu'il a un certain caractère durable, continu, successif, qui accroît l'importance de cet intérêt des tiers en en prolongeant et en en multipliant les manifestations. »

Une application intéressante de cette idée se rencontre dans le Code en matière de partage d'ascendants.

(1) *Op. cit.*, p. 569.

Lorsqu'il y a omission d'un enfant, ce fait ne lèse que les intérêts de l'omis. On concevrait donc que seul cet omis eût le droit d'invoquer la nullité, et l'article 1078 déduit d'abord cette conséquence logique : « Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, il en pourra être provoqué un nouveau par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part. » Mais, on a été amené à ouvrir le droit de critique aux enfants non omis eux-mêmes dont la nullité n'avait pas pour but originairement de protéger les intérêts. L'article 1078 ajoute que le nouveau partage pourra être provoqué « même par ceux entre qui le partage aura été fait ». Pour quelle raison ? C'est afin, dit M. Demolombe, qu'ils ne fussent pas obligés de demeurer dans l'incertitude pendant toute la durée de l'action qui appartient aux enfants qui n'ont pas été compris dans le partage (1). Il n'y a d'ailleurs pas là une simple nullité relative appartenant à plusieurs personnes, aux seuls enfants omis et non omis. On reconnaît généralement, que toute personne peut critiquer le partage entaché d'omission, en vertu d'un droit propre sans que son action puisse être entravée par la confirmation d'une autre personne ; en un mot, il y a là une véritable nullité absolue. En cette matière, en effet, l'application des règles de la nullité relative eût été inadmissible ; le partage touche

(1) Tome XXIII, n° 168.

a de nombreux intérêts et sa fermeté importe grandement au crédit.

Or, la même idée se manifeste dans le domaine des contrats de mariage. Lorsque le contrat de mariage est nul par suite de cette circonstance que l'un des époux était incapable et n'a pas été régulièrement habilité, la validité de l'acte n'est exclue que dans son intérêt privé. A considérer le seul fondement de la nullité, dit M. Japiot (1), on réserverait à cet époux le droit de critique, avec la faculté d'opter, soit pour une annulation qui s'imposerait à tous, soit par une confirmation qui ne permettrait à personne d'écarter les effets du contrat. Au point de vue du crédit, ce serait désastreux ; car ce n'est pas seulement l'autre époux qui a intérêt à connaître d'une manière précise les liens de droit qui l'unissent à son conjoint et la nature du régime des biens qui leur est commun ; ce sont surtout les tiers qui vont contracter avec les époux, et dont les droits dépendent très largement de ce régime, tiers qui vont se trouver fort nombreux parce que le contrat de mariage n'est pas un acte en quelque sorte instantané, mais au contraire un acte qui se perpétue, et prolonge ses effets pendant toute la durée du mariage. Plus encore que pour le partage, la loi est en cette matière favorable à la fixité que réclament les intérêts généraux ; cela résulte manifestement des mesures rigoureuses qu'elle édicte afin d'éviter toute

(1) *Op. cit.*, p. 573.

modification postérieure à la célébration du mariage. Les règles de la nullité relative, si on les admettait, s'adaptent donc bien mal à ce milieu où tout est net, immuable, où la considération de l'intérêt général passe avant les considérations individualistes. Pour s'y adapter, la nullité doit, elle aussi, être immuablement fixée dès la célébration du mariage ; le droit de critique des tiers doit pouvoir s'exercer indépendamment de l'usage que la personne protégée peut faire de son propre droit de critique : il faut que tous puissent compter sur la nullité du contrat et sur l'existence du régime de communauté légale, sans que cette attente puisse être déçue par une confirmation émanée de l'époux incapable, ou par une prescription exceptionnelle. »

En somme, on le voit, la théorie de M. Japiot aboutit à la solution qui a été consacrée par la jurisprudence et qui est approuvée dans une mesure de plus en plus large par la doctrine. C'est toujours de la fixité nécessaire des conventions matrimoniales, de leur immutabilité voulue et édictée par le législateur, que l'auteur s'inspire. A cet égard, il n'innove pas. Mais il nous paraît faire un progrès théorique important dans notre matière, en montrant grâce à son système qui supprime la théorie rigide entre les deux catégories traditionnelles de nullités, qu'on ne peut tirer de la notion de nullité bien comprise aucun argument contre la jurisprudence en matière de nullité de contrat de mariage pour incapacité.

La conclusion de toutes les explications que nous

avons fournies jusqu'à présent est facile à tirer. C'est qu'en attribuant à la nullité des contrats de mariage pour quelque cause que ce soit, même pour incapacité, le caractère d'une nullité absolue, c'est-à-dire d'une nullité pouvant être invoquée par tous les intéressés et insusceptible d'aucune sorte de ratification, la jurisprudence a fait non seulement une œuvre pratiquement nécessaire mais encore une œuvre justifiée de tous points par le droit et la raison.

Après avoir montré le bien-fondé de la solution jurisprudentielle, il nous reste à en indiquer certaines conséquences qui n'ont pas encore été dégagées, puis à marquer les limites du principe de la nullité absolue.

CHAPITRE CINQUIÈME

CONSÉQUENCES ET LIMITES DE LA NULLITÉ

Nous pensons avoir établi que le contrat de mariage, nul par suite d'incapacité, est frappé d'une nullité absolue.

Par suite, la nullité peut être proposée par tout intéressé, elle peut être invoquée pendant trente ans, elle n'est susceptible d'aucune ratification. Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de s'inquiéter du point de savoir, si le mineur est restitué *tanquam minor aut tanquam læsus* ; cette question ne se présente, en effet, que lorsqu'il s'agit d'une nullité relative.

Toutes ces solutions sont logiquement impliquées dans la conception même de la nullité absolue. Aussi n'avons-nous pu nous dispenser de les mettre en lumière précédemment.

Mais, il est un autre ordre d'idées qu'il convient d'aborder maintenant. Le mariage survit au contrat de mariage nul. Les époux ont réglé le régime pécuniaire de leurs biens dans des conditions irrégulières ; il n'est pas

tenu compte de leur convention. Quelle va être la conséquence de cette situation ?

Le contrat de mariage de l'incapable étant annulé, sous quel régime les époux seront-ils mariés ?

Quelque simple que paraisse cette question, elle a cependant donné lieu à des opinions dissidentes.

En ce qui concerne la nullité du contrat de mariage du mineur on a soutenu que les époux se trouvaient placés sous le régime de la communauté d'acquêts : « La communauté, dit M. Bertauld (1), est le régime légal. J'en détache seulement les conséquences auxquelles les contractants n'ont pas eu capacité pour se soumettre, j'applique le principe de la loi ; je me conforme à son vœu, mais avec les restrictions et les tempéraments que comporte la situation ; je n'admets pas, par voie indirecte, ce qui ne pourrait se faire directement ; je repousse les aliénations, les abandons, et je ne laisse à la volonté de la loi, qui remplace la volonté contractuelle, que la puissance d'opérer la confusion des revenus et des économies. » La solution préconisée par M. Bertauld a été consacrée par le Code civil espagnol de 1889. Son article 1318 dispose que dans le cas où les conventions du mineur seraient nulles faute du concours et de la signature des personnes dont le consentement est nécessaire au mariage, on doit considérer que le mineur est marié sous le régime de la

(1) *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, I, nos 620-623.

société d'acquêts. Mais il importe de remarquer qu'en Espagne, la société d'acquêts est le régime légal de droit commun (1).

En Portugal, le Code civil (article 1060, § 3) dispose que les mariages contractés par les mineurs non émancipés ou par les majeurs en tutelle sans l'autorisation nécessaire sont réputés faits avec séparation de biens. En France, M. Demolombe (2) a prétendu soumettre au régime de la séparation de biens le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, en cas d'annulation de son contrat de mariage. Suivant cet auteur, la communauté devrait être écartée parce qu'elle entraîne l'aliénation des meubles et de l'usufruit des immeubles, lesquels tombent dans le patrimoine commun ; or, ajoute-t-il, le prodigue aux termes des articles 499 et 513, est incapable d'aliéner. A cette opinion qui est d'ailleurs demeurée isolée, M. Planiol objecte (3) que l'interdiction d'aliéner faite au prodigue, vise les aliénations ordinaires, ventes et donations, qui seules ont pu paraître dangereuses pour lui. Au contraire la communauté légale, réglée par la loi elle-même, est considérée par le législateur comme le meilleur régime possible en l'absence de conventions particulières. La jurisprudence a décidé d'une manière générale que les époux, lorsque leurs conventions matrimoniales sont nulles, doivent être traités comme s'ils n'avaient pas

(1) Lehr. *Droit civil espagnol*, II, pp. 90-91.

(2) Tome III, n° 22. — T. VIII, n° 740.

(3) *Droit civil*, t. III, n° 841.

fait de contrat, et soumis en conséquence au régime légal de la communauté. Cette solution a été affirmée par la Cour de cassation le 16 novembre 1858 et le 26 juillet 1859 (1). Une cour d'appel a eu l'occasion de la rappeler en 1894 (2).

Nous pensons avec la généralité des auteurs, que les époux dont le contrat de mariage est annulé sont mariés sous le régime de la communauté légale. L'article 1393, dispose qu'à défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles de la communauté légale formeront le droit commun de la France. En outre, l'article 1400 établit en termes absolus la communauté légale « à défaut de contrat ». Or, cette expression comprend aussi bien l'hypothèse du contrat nul, que celle de l'absence de tout contrat. En dehors de ces textes, et du régime de la communauté légale qu'ils proclament, tout est arbitraire.

Une telle solution incontestable au point de vue des textes, échappe-t-elle cependant à toute espèce de critique ? Supposons qu'un mineur ait passé son contrat de mariage sans y être régulièrement habilité, le mineur a une fortune mobilière très importante, tandis que son conjoint est pauvre. Aussi le contrat de mariage a-t-il stipulé la

(1) Sirey, 1859. 1. 385 et 849.

(2) Agen, 28 mai 1894. Dalloz, 1897. 2. 80. — Il existe un grand nombre d'autres arrêts de Cours d'appel dans le même sens. (Voir Guillouard, t. I, n° 319). — Voir aussi Cass., 16 juin 1879. Dalloz, 1880. 1. 415.

séparation de biens. Après son annulation, les époux vont se trouver placés sous le régime de la communauté légale, de telle sorte que la moitié de la fortune du conjoint riche passera au conjoint pauvre. La protection que la loi a voulu accorder au mineur ne tourne-t-elle pas ainsi contre lui ?

Pour éviter cette conséquence, il faudrait appliquer la maxime : Le mineur n'est restitué qu'autant qu'il est lésé. Mais l'application de cette règle est impossible avec le système de la jurisprudence, et elle ne saurait se concilier avec le caractère absolu de la nullité qui n'a d'ailleurs pas seulement pour fondement la protection de l'incapable, mais qui repose en outre, nous l'avons vu, sur des considérations d'intérêt général.

Sans insister davantage sur ce point, nous devons indiquer maintenant les limites du principe de la nullité absolue.

Ces limites se réfèrent à deux idées. En premier lieu certaines dispositions contenues dans le contrat de mariage, mais qui ne sont pas liées à lui d'une manière indivisible, peuvent être maintenues.

En second lieu le contrat de mariage nul peut, postérieurement à la dissolution du mariage, recevoir à certains égards son exécution.

Attachons-nous à mettre en œuvre ces deux idées.

Le contrat de mariage est de sa nature un acte complexe : il renferme presque toujours des dispositions multiples. C'est ainsi que, à côté des clauses qui déterminent

le régime sous lequel les époux seront mariés, il contient souvent des libéralités faites aux futurs conjoints par des tiers ou que se font l'un à l'autre les futurs époux. Ces diverses dispositions ne forment pas un tout indivisible. « Sans doute, dit la Cour de cassation (1), les dispositions du contrat de mariage, comme celles de tout autre contrat ne sauraient être arbitrairement scindées ; mais il ne s'en suit pas, qu'il ne puisse s'y rencontrer certaines clauses dont la nullité restera isolée et n'entraînera pas la nullité du surplus. » A l'inverse il peut se faire que le contrat de mariage, comme tel, soit annulé, et que certaines clauses qui y sont contenues soient cependant maintenues.

L'indivisibilité du contrat de mariage n'est nulle part inscrite dans la loi. Elle ne résulte d'ailleurs d'aucun des principes de la matière. Mais il est assez délicat de tracer la limite des conséquences de la nullité. Il ne faudrait pas dire que tout se réduit ici à une question de fait. Certaines règles peuvent être posées dans les termes suivants.

La nullité du contrat de mariage entraîne non seulement la nullité des clauses relatives au régime adopté par les époux, mais encore la nullité de toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, notamment des donations de biens à venir qui y sont contenues et même des donations de biens présents qui n'auraient pas

(1) Chambres réunies, 21 juin 1892. Dalloz, 92. 1. 369. — Comp. Cass. civ., 30 nov. 1908. Dalloz, 1909. 1. 418.

été régulièrement acceptées : ces donations ne peuvent être faites que par contrat de mariage, et, du moment où l'acte qui les contient est nul, elles sont elles-même nulles, comme étant des clauses inséparables d'un acte, dont la nullité est prononcée.

Mais, il en va différemment si les conventions, tout en étant contenues dans le contrat de mariage, ont une existence propre, comme une donation de biens présents régulièrement acceptée. On peut alors dire qu'il y a deux choses dans le contrat de mariage : des conventions matrimoniales nulles comme telles, et une donation indépendante et valable.

En d'autres termes, les conventions contenues dans le contrat de mariage et étrangères au régime matrimonial adopté, peuvent survivre et produire leur effet, si les conditions de validité qui leurs sont propres se trouvent remplies.

Cette observation s'applique d'abord aux conventions, autres que les donations qui seraient insérées dans le contrat de mariage, et dont la nature propre ne requerrait aucune solennité particulière (1).

Mais la même observation s'applique aux donations elles-mêmes. Celles-ci subsistent si leurs conditions de validité sont remplies.

Avant de montrer les applications de ce principe, il faut établir le principe lui-même.

(1) Nîmes, 25 mai 1857. Sirey, 57. 2. 609.

Pour cela, il importe de comparer la situation qui résulte de la caducité du contrat de mariage, et celle qui découle de la nullité de ce contrat. Lorsque le contrat de mariage est caduc les donations tombent parce que le mariage n'a pas eu lieu, et qu'elles sont subordonnées à sa célébration. En outre, la nullité du mariage doit être assimilée à son inaccomplissement, et par suite, elle entraîne la caducité de donations faites en faveur du mariage, sous réserve de l'application des règles relatives au mariage putatif.

La situation n'est plus la même lorsque le mariage a été célébré régulièrement, et que le contrat de mariage est seul annulé. Mais la célébration du mariage peut suffire à maintenir les donations.

Mais dans quel cas ce maintien se produira-t-il ? Il faut distinguer ici entre les libéralités qui ne peuvent avoir lieu valablement que par contrat de mariage et celles qui ne présentent pas ce caractère. Les premières, ne pouvant subsister indépendamment du contrat de mariage tomberont avec lui. Mais les secondes pourront être déclarées valables.

Tel est le principe dont il convient maintenant de rechercher les applications pratiques.

Trois espèces de donations peuvent être faites par contrat de mariage : la donation de biens à venir ou institution contractuelle, la donation de biens présents, la donation cumulative de biens présents et à venir.

Quel sera, par application de la règle posée, le sort de

chacune de ces donations dans l'hypothèse de la nullité du contrat de mariage?

Les donations de biens à venir ne sont autorisées que par contrat de mariage. C'est par dérogation au droit commun, interdisant d'établir contractuellement un ordre de succession, qu'il est permis à toute personne de disposer par contrat de mariage, au profit des futurs époux et des enfants à naître du mariage, de tout ou partie des biens qu'elle laissera à son décès (article 1082). Le caractère distinctif de l'institution contractuelle consiste en ce que d'un côté, elle est à certains égards irrévocable, et en ce que, de l'autre, elle ne porte cependant que sur des biens à venir et se trouve subordonnée à la survie du gratifié. Par le premier de ces traits, l'institution contractuelle diffère du legs et de l'ancienne donation à cause de mort; par le second, elle se distingue de la donation entre vifs ordinaires : une semblable libéralité n'est valable que si elle est contenue dans un contrat de mariage ou dans une contre-lettre conforme aux prescriptions de la loi (articles 1396-1397). Au point de vue de la forme, elle doit donc être assimilée à une convention matrimoniale. Si le contrat de mariage tombe, cette nullité entraîne par suite nécessairement la nullité de l'institution contractuelle elle-même. La jurisprudence n'a pas hésité à le décider (1).

Quant aux donations de biens présents, c'est-à-dire

(1) Ntmes, 8 janvier 1850. Dalloz, 1850. 2. 185. — Montpellier, 24 déc. 1857. Sirey, 1859. 2. 24.

celles de biens compris dans le patrimoine actuel du disposant, elles sont soumises en principe, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage aux mêmes règles de forme et de fond que les donations ordinaires (article 1081, § 1). De même, que par toute autre donation, le donateur est immédiatement dessaisi et la propriété passe, d'une manière incommutable, à l'époux donataire. Si le donataire meurt avant le donateur, il transmet les objets qu'il a reçus à ses propres héritiers, à moins que le donateur n'ait stipulé le retour. Faites par contrat de mariage les donations de biens présents sont en outre soumises aux conditions de forme ordinaires. De là, il résulte que ces donations pourraient survivre au contrat de mariage, si les règles ordinaires des libéralités avaient été observées. Mais ce résultat paraît bien ne pouvoir jamais se produire. En effet, on sait que l'acte de donation doit à peine de nullité, être reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins (loi du 12 août 1902, article 9, § 2). Or, si le contrat de mariage répond par lui-même à la nécessité de l'acte authentique, on ne se met point en peine, lors de sa rédaction, de la présence du notaire en second ou des témoins instrumentaires.

Il faut ajouter toutefois que, même en l'absence des formalités requises *ad solemnitatem*, ces donations pourront parfois survivre au contrat de mariage nul. Il en sera ainsi lorsqu'il s'agira de dons manuels. Une constitution de dot faite en argent ou en meubles, vaudra comme donation manuelle, si la remise effective en a été

faite à l'époux doté. Mais il est certain que les valeurs ainsi données échapperont à la dotalité, si le régime dotal avait été adopté dans le contrat de mariage, et que par suite, cette dot sera aliénable et saisissable suivant le droit commun.

Enfin, il peut arriver qu'un contrat de mariage contienne une donation cumulative de biens présents et de biens à venir. Le caractère d'une pareille disposition a été diversement envisagé.

Certains auteurs de notre ancien droit (1), la considéraient comme une donation à cause de mort ne présentant que les différences purement nominales avec l'institution contractuelle et ne conférant au donataire, de droit que sur la succession du disposant.

Après la promulgation du Code civil, certains commentateurs et certains arrêts (2) estimèrent qu'il convenait de décomposer la donation cumulative, en deux donations indépendantes dont l'une aurait pour objet les biens présents, et l'autre véritable institution contractuelle, se serait référée aux biens à venir.

Mais un troisième système (3) qui a définitivement

(1) Ricard. *Donations*, partie I, chapitre IV, section II, distinction 3, § 1063. — Lebrun : *Successions*, livre IV, chap. II, sect. II, nos 32 et suivants.

(2) Delvincourt, t. II, p. 431. — Grenoble, 29 mars 1822. Dalloz, *Répertoire*, v^o Donation par contrat de mariage, n^o 2. 135. 3^o. — Cass., 11 janv. 1827. *Ibidem*, n^o 2. 135. 4^o. — Nîmes, 13 fév. 1843. *Ibidem*, n^o 2. 135. 5^o.

(3) Aubry et Rau, t. VIII, § 740, texte et note 3, pp. 91 et 92. —

prévalu, considère la donation dont il s'agit comme une institution contractuelle tant que vit le donateur, mais susceptible à la mort de ce dernier, de se diviser au choix du donataire. C'est ainsi que la Cour de Limoges (1) a décidé que la disposition d'un contrat de mariage qui comprend dans une seule clause des biens présents et des biens à venir constitue une donation unique ayant pour objet tant à la fois les biens actuels et les biens qui existeront au décès du donateur : la Cour a estimé que si lors du décès, la libéralité peut se diviser, elle est au moment de la rédaction du contrat de mariage une institution contractuelle. Dans l'espèce de cet arrêt, les termes du contrat de mariage n'opéraient d'ailleurs pas une division de la libéralité en deux donations. Mais il faudrait tenir compte de l'intention qu'aurait eue le disposant de diviser la libéralité en deux donations distinctes, l'une portant sur ses biens présents, l'autre sur ses biens à venir (2) ; en pareil cas, les deux libéralités indépendantes l'une de l'autre, quoique contenues dans le même contrat de mariage seraient régies chacune par les règles qui lui sont propres. Il y a d'ailleurs là une question d'appréciation abandonnée aux tribunaux (3).

De ce qui précède, il résulte que, dans l'hypothèse de

Laurent, t. XV, n° 254. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 3950.
— Limoges, 26 nov. 1872. Dalloz, 1873. 2. 104.

(1) 26 nov. 1872 précité.

(2) Même arrêt.

(3) Cass., 19 nov. 1890. Dalloz, 91.4. 473. — Cass., 3 avril 1905.
Dalloz, 1905. 1. 224.

la nullité du contrat de mariage, les donations cumulatives de biens présents et à venir devront être traitées comme les institutions contractuelles, c'est-à-dire déclarées nulles, à moins que l'intention du disposant n'ait été de faire deux donations distinctes ; en ce dernier cas, il conviendra d'appliquer séparément les solutions précédemment dégagées en ce qui concerne, d'une part, les donations de biens à venir, d'autre part, les donations de biens présents.

Tout ce que nous venons de dire s'applique également aux dispositions par contrat de mariage que les futurs époux se font entre eux. Les futurs conjoints peuvent dans leur contrat de mariage se faire entre eux soit des donations de biens présents, soit des donations de biens à venir, soit des donations cumulatives de biens présents et à venir (article 1091). En cas de nullité du contrat de mariage, ces dispositions tomberont ou subsisteront, conformément aux idées générales plus haut exposées, suivant qu'elles devront être regardées comme inséparables du contrat ou qu'au contraire elles pourront valoir indépendamment de lui.

En résumé, nous pouvons dire que l'effet absolument nécessaire de la nullité du contrat de mariage est l'inapplicabilité du régime choisi et organisé par les époux, ainsi que la chute des donations qui ne peuvent avoir lieu valablement que dans ce contrat. Mais les conventions étrangères au régime adopté et spécialement les donations peuvent survivre et développer leurs consé-

quences ordinaires, si les conditions de validité qui leur sont proprement nécessaires se trouvent remplies.

Inversement, il peut arriver que certaines conventions étrangères au régime matrimonial, qui avaient été insérées dans le contrat de mariage se trouvent nulles, sans que celui-ci soit atteint. Supposons qu'un mineur ait fait son contrat de mariage avec l'assistance régulière de personnes qui doivent l'assister d'après l'article 1398, mais qu'on ait profité de ce contrat, pour lui faire vendre un immeuble à un tiers sans l'observation des formalités ordinaires de la tutelle, c'est-à-dire, sans l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. La vente est nulle en vertu des principes du droit commun, mais le contrat de mariage subsiste en lui-même parce qu'il est régulier. Ce point a été reconnu en jurisprudence (1). Lorsque l'article 1398 déclare le mineur, assisté comme de droit habile à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, il ne vise que les conventions matrimoniales, c'est-à-dire les conventions relatives à la formation et au règlement de l'association conjugale ; dans ce domaine, le mineur muni de l'assistance requise, est aussi capable qu'un majeur, mais le droit commun reprend son empire pour les autres conventions, et notamment pour la vente, qui trouveraient accidentellement place dans le contrat de mariage.

Dans le même ordre d'idées, ajoutons que la nullité

(1) Limoges, 29 janvier 1879. Dalloz, 1880. 2. 255.

d'une donation contenue dans le contrat de mariage, n'entraîne pas nécessairement celle du contrat tout entier. Donc, malgré les conclusions d'un époux donataire tendant à faire déclarer, en raison d'une prétendue indivisibilité, la nullité du contrat de mariage, les juges peuvent se contenter d'annuler la donation s'ils constatent qu'en fait, les autres stipulations du contrat de mariage n'en conserveraient pas moins toute leur utilité, au cas où la disposition litigieuse n'y aurait pas été insérée.

Un arrêt de la Cour de cassation du 30 novembre 1908 vient à l'appui de cette solution (1). Il résulte de cette décision, que le mineur peut, sans l'assistance du conseil de famille, constituer une pension alimentaire, particulièrement pour le cas de survie à son conjoint. Ce point n'est pas douteux, car la pension alimentaire n'a pas, en principe, le caractère d'une libéralité. Il est vrai que dans l'espèce, il ne s'agissait pas de la pension alimentaire due en vertu de l'article 212, laquelle ne survit pas au mariage. Cependant si la pension avait bien le caractère alimentaire, elle était servie en vertu d'une obligation morale et ne constituait pas une donation. Mais la Cour d'appel, dont l'arrêt était frappé de pourvoi, avait reconnu que la donation n'avait pas le caractère alimentaire, parce que la femme possédait une fortune sérieuse. Cela étant, la Cour suprême a déclaré que les tribunaux peuvent annuler la donation, sans annuler le contrat de mariage qui la contient.

(1) *Gazette du Palais*, 1908. 2. 561.

Qu'on le remarque bien, l'existence d'un lien indivisible entre les diverses clauses d'un contrat de mariage dépend surtout de l'intention des contractants. Il y a donc là une question de fait. Or il n'est pas à supposer que les époux aient entendu faire dépendre de la validité d'une donation le régime par eux adopté. Il faut être d'autant plus hésitant à annuler un contrat de mariage, en raison de la nullité d'une de ses clauses, que l'annulation du contrat de mariage a pour effet de placer les époux sous le régime de la communauté légale, c'est-à-dire sous le régime de ceux qui se sont mariés sans contrat. Or c'est un régime que n'adoptent jamais volontairement les époux qui règlent leurs conventions matrimoniales. Il a du reste été décidé, que la nullité d'une donation, fondée sur ce que l'époux donateur, pourvu d'un conseil judiciaire, n'était pas assisté de son conseil, n'entraîne pas la nullité du contrat de mariage dans lequel elle est contenue (1).

Tout ce qu'il est possible d'admettre, c'est que si l'époux donataire sous condition de survie a lui-même fait à son conjoint, par contrat de mariage, une donation subordonnée à la condition que le donataire lui survivrait, la nullité de la première donation fait tomber la seconde. Il semble qu'il y ait à cet égard indivisibilité. En général, les donations entre époux sous condition de survie, faites par contrat de mariage sont réciproques. Mais

(1) Cass., Chambres réunies, 21 juin 1892. Dalloz, 92. 1. 369.

la question de l'indivisibilité, aussi restreinte, ne peut guère se poser en pratique. Car, d'ordinaire, c'est après le décès de l'époux qui a fait une donation nulle, c'est-à-dire au moment où cette donation commence à produire son effet, que la nullité est demandée, dès lors la donation faite par réciprocité étant devenue caduque, il est sans intérêt de savoir, si elle doit tomber par suite de la nullité

Pour en terminer avec cet ordre de questions, un dernier point nous reste à examiner. Supposons qu'un contrat de mariage ait été annulé, et que les libéralités qui y étaient contenues soient maintenues conformément aux règles que nous avons indiquées. Les biens donnés vont-ils tomber en communauté, alors même qu'ils devaient, d'après les conventions matrimoniales, demeurer propres à l'époux donataire? Si la libéralité a été faite sous la condition expresse que les biens donnés ne tomberaient pas en communauté, condition qui ne saurait d'ailleurs se rencontrer que dans un contrat de mariage où le régime de la communauté avait été stipulé, il paraît difficile de ne pas se conformer à l'intention du donateur. Puisque la donation est valable, les modalités sous lesquelles elle a été consentie n'en peuvent être séparées. Mais, d'après certains arrêts, il suffirait que le régime adopté par le contrat de mariage ne fut pas la communauté, pour qu'on dût en induire que l'intention du donateur a été d'exclure les biens donnés de la commu-

nauté légale (1). Cette solution est vraiment peu juridique. En effet, de ce que le régime adopté n'est pas la communauté, on ne saurait induire que l'intention du donateur était d'exclure l'objet de sa donation d'une communauté dont il n'a même pas prévu l'existence. Quelle qu'ait pu d'ailleurs être son intention à cet égard, il est certain qu'il ne l'a pas exprimée. C'est pourquoi on admet généralement qu'en pareil cas les biens donnés tombent dans la communauté légale (2). La femme n'a donc pas le droit de reprendre ces valeurs à la dissolution de la communauté, et ne peut leur appliquer le bénéfice de son hypothèque légale ; ses droits limités à sa part dans la communauté, ne sont protégés que par le privilège du copartageant (3).

Nous avons dit qu'une deuxième limitation au principe de la nullité absolue des contrats du mariage provient de cette idée que, postérieurement à la dissolution du mariage, le contrat nul peut recevoir son exécution.

Un contrat de mariage nul, nous le savons, n'est pas susceptible de confirmation, ni par un acte exprès, ni par l'exécution. La célébration du mariage ne saurait être considérée comme une ratification tacite, car elle n'est

(1) Toulouse, 5 mars 1852. Dalloz, 53. 2. 123. — Nîmes, 30 août 1854. Dalloz, 4856. 2. 107.

(2) Pau, 4^{er} mars 1853. Dalloz, 53. 2. 122. — Cass., 29 mai 1854. Dalloz, 54. 1. 28. — Aubry et Rau, t. V, § 502. texte et note 6, p. 234. — Laurent, t. 21, n^o 56.

(3) Cass., 9 janv. 1855. Dalloz, 4855. 1. 28.

pas l'exécution du contrat de mariage, mais un acte indépendant.

Mais, tout nul qu'il est, un contrat de mariage peut recevoir son exécution définitive, après la dissolution du mariage, pour la liquidation des droits et reprises des époux. « A cette époque, dit M. Planiol (1), le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé ou les deux conjoints, s'il y a eu divorce, sont libres de régler leurs intérêts conformément à ses dispositions, s'ils le veulent. Un pareil règlement n'est pas la confirmation du contrat de mariage, car il ne saurait y avoir de confirmation pour un acte qui n'existe pas, ni de conventions matrimoniales pour un mariage qui n'existe plus. C'est une convention spéciale et nouvelle, qui vaut comme transaction entre personnes libres, de disposer de leurs droits et d'en régler la liquidation sur des bases qui leur conviennent. »

Mais qu'on le remarque, si les époux peuvent, après la dissolution de l'union conjugale procéder entre eux à un tel règlement de leurs intérêts qui leur plait à l'un et à l'autre, ils ne pourraient apporter au régime de l'union dissoute une modification ayant effet rétroactif à l'égard des tiers. Il ne s'agit pas, en effet, de confirmer le contrat nul, mais bien de le prendre en tant que convention nouvelle et spéciale ayant pour objet la liquidation.

(1) *Droit civil*, t. III, n° 845. — Cass., 10 avril 1866. Dalloz, 66. 1. 350.

CONCLUSION

La jurisprudence a écarté la théorie traditionnelle des nullités, en tant qu'elle aboutirait dans son application à la matière du contrat de mariage, à faire considérer comme entaché d'une nullité simplement relative le contrat de mariage de l'incapable.

L'explication de cette jurisprudence se trouve d'abord dans la considération des nécessités pratiques. Si l'on appliquait ici, en effet, les principes de la nullité relative, le contrat de mariage présenterait une instabilité susceptible de nuire non seulement aux époux, mais aux tiers. Les nullités des contrats de mariage, quelle qu'en soit la cause, doivent donc toujours être regardées comme absolues.

Nous croyons avoir montré que cette solution peut s'appuyer sur un fondement juridique solide. C'est dans l'esprit même de la loi que les arrêts ont cherché les motifs de leur décision. Le législateur a voulu que les conventions matrimoniales soient fixées d'une manière définitive et immuable ; les conséquences de la nullité

relatives iraient à l'encontre de ce vœu du Code ; jusqu'à ce que l'incapable ait fait connaître son intention d'exercer ou de ne pas exercer l'action en nullité qui lui appartiendrait à lui seul, tout le monde ignorerait la destinée juridique du contrat. La prescription décennale n'aurait son point de départ qu'à partir de la dissolution du mariage, ainsi l'incapable pourrait prolonger presque perpétuellement l'incertitude dont il s'agit. Au contraire, la fixité des conventions matrimoniales est assurée dans le système jurisprudentiel. En admettant, que toutes les nullités sont radicales en matière de contrat de mariage, on met tous les intéressés à même de compter sur la nullité et sur l'existence du régime de communauté légale, sans que cette attente puisse être trompée par une confirmation émanée de l'époux incapable, ou par une prescription exceptionnelle. Sans doute, la nullité absolue ne peut être rattachée d'une manière directe au principe de l'immutabilité formulé dans l'article 1395. Aussi bien les arrêts n'ont-ils pas procédé par application directe du texte. Ce qu'ils ont cherché, c'est l'intention générale du législateur, laquelle s'est manifestée notamment dans ce texte, et c'est en exécution de cette volonté législature certaine qu'ils ont proclamé les solutions que nous savons. Une jurisprudence s'inspirant de l'esprit de la loi, et n'étant d'ailleurs en contradiction avec aucun texte, doit être considérée comme suffisamment motivée en droit.

Cependant, la jurisprudence que nous avons étudiée

et approuvée nous est apparue comme étant en désaccord avec la théorie traditionnelle des nullités. Si cette théorie avait été formulée par le Code, on pourrait l'accuser d'avoir fait abstraction des textes. Mais, il s'en faut de beaucoup que la distinction des nullités absolues et relatives ait été nettement exprimée par la loi. Sans doute nous l'avons dit, cette distinction a été présentée à l'esprit des rédacteurs du Code civil. Mais, ils ne l'ont nullement érigée en règle de droit. Nous avons même indiqué que la terminologie légale est à cet égard très obscure et qu'on y voit les mots nul et nullité appliqués indifféremment aux actes dépourvus d'effet et à ceux qui sont simplement annulables.

Il en résulte, que la jurisprudence ne pouvait se trouver gênée sur ce terrain. On ne saurait lui faire un grief de n'avoir pas tenu compte d'une théorie qui, obscure chez les anciens auteurs et chez les interprètes de la loi n'a même pas été formulée par celle-ci.

En outre, cette théorie elle-même en se perfectionnant, est venue, nous l'avons montré, justifier les solutions de la jurisprudence. La théorie de M. Japiot, que nous avons décrite dans ses lignes principales, nous semble fournir à la jurisprudence la base rationnelle dont elle avait besoin. Elle montre que la nullité relative s'adapterait mal au contrat de mariage où tout est net, immuable, et où la considération de l'intérêt général prime celle de l'intérêt individuel. Cette conception, dans son application à la nullité du contrat de mariage, n'est

pour ainsi dire qu'une précision et une systématisation des idées qui ont été constamment présentes à l'esprit des tribunaux.

Tout le problème que nous avons étudié se réduit en somme à une lutte entre deux notions : celle de la protection d'un incapable qui tiendrait à faire attribuer à la nullité du contrat de mariage un caractère simplement relatif, celle de la fixité des conventions matrimoniales (entendue dans un sens très large) qui est la sauvegarde à la fois des intérêts patrimoniaux des parties et de tous les tiers et qui nous a conduit à reconnaître un caractère absolu à la nullité. Tout se ramène ainsi à admettre la prédominance de l'intérêt général sur l'intérêt individuel.

« Entre toutes les conventions des hommes, disait Brodeau (1), il n'y en a point qui aient plus de poids, de solidité et de stabilité, ni plus d'autorité et qui tient plus fortement la société civile que les contrats de mariage, auxquels comme au centre, aboutissent tous les actes particuliers qui se passent entre conjoints. »

On peut considérer aussi le contrat de mariage comme présentant une importance capitale, si l'on envisage l'influence qu'il exerce dans la société. Il intéresse tous ceux qui seront appelés à traiter avec les époux. Il n'est pas possible que le sort d'un pareil contrat soit laissé aux mains d'un incapable qui l'a passé. Lorsqu'il s'agit d'un incapable qui a conclu une convention quelconque, on

(1) Sur Louet, lettre M, n^o 4.

peut dire que le meilleur moyen de le protéger n'est pas d'anéantir l'acte, car le remède dépasserait souvent le but, mais bien de subordonner son maintien à la volonté de l'intéressé; il ne demandera la nullité que s'il trouve l'acte désavantageux. Mais un semblable raisonnement ne peut plus être tenu à propos d'un contrat de mariage, parce que la multiplicité des intérêts en présence, exige la protection non seulement de l'incapable lui-même, mais de tous les tiers. Laisser la destinée du contrat de mariage dans l'incertitude, pendant une très longue durée, en la remettant entre les seules mains de l'incapable, serait préjudiciable à l'intérêt général. La nullité des contrats de mariage à raison de l'incapacité doit donc être absolue, avec toutes les conséquences qui découlent de cette notion.

Telle est l'idée simple en elle-même, mais importante, qui se dégage de la jurisprudence et des travaux récents de la doctrine, et que nous avons nous-même cherché à mettre en relief.

Vu : *Le Doyen*,
P. CAUWÈS.

Vu : *Le Président de la Thèse*,
PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — De l'incapacité en matière de contrat de mariage	9
CHAPITRE II. — Le problème de la nullité en notre matière...	25
CHAPITRE III. — La jurisprudence.....	39
CHAPITRE IV. — Justification de la jurisprudence	55
CHAPITRE V. — Conséquences et limites de la nullité.....	75
CONCLUSION.....	95



